

## OS LIMITES DO CONCEITO DE DIREITO: REFLEXÕES SOBRE O POSITIVISMO JURÍDICO DE KANT EM RELAÇÃO ÀS TEORIAS POSITIVISTAS DE KELSEN E HART

THE LIMITS OF THE CONCEPT OF LAW: REFLECTIONS ON KANTIAN LEGAL POSITIVISM IN RELATION TO KELSEN'S AND HART'S POSITIVISM

**JOEL T. KLEIN<sup>1</sup>**  
(UFPR/CNPq/Brasil)

### RESUMO

Neste artigo argumento que o modelo de positivismo jurídico sustentado pela filosofia do direito de Kant é capaz de justificar o estabelecimento de limites ao conceito de validade do direito de uma forma que os positivismo de Kelsen e de Hart não conseguem. Essa limitação permite distinguir entre estados bárbaros, nos quais não há direito, e estados despóticos, nos quais apesar de não serem estados justos, ainda possuem direito. Com base nessa distinção, pode-se defender uma teoria positivista do direito que estabeleça critérios normativos não morais para a validade de um sistema jurídico. Nesse sentido, argumenta-se que os modelos positivistas de Kelsen e de Hart são inferiores do ponto de vista da sua capacidade de captar a normatividade jurídica.

**Palavras-chave:** Direito; Positivismo jurídico; Kant; Kelsen; Hart.

### ABSTRACT

In this paper I argue that the model of legal positivism supported by Kant's philosophy of law is able to justify the establishment of limits to the concept of validity of law in a way that Kelsen's and Hart's positivism cannot. This limitation allows to distinguish between barbaric states, in which there is no law, and despotic states, which despite not being just states, there is still law. Based on this distinction, one can argue for a positivist theory of law that establishes non-moral normative criteria for the validity of a legal system. In this sense, it is argued that the positivist models of Kelsen and Hart are inferior from the standpoint of their ability to capture legal normativity.

**Keywords:** Law; Legal positivism; Kant; Kelsen; Hart.

Este artigo está dividido em quatro seções. Na primeira seção faz-se um breve apanhado da interpretação da filosofia do direito de Kant no contexto do debate positivista e não-positivista. Na segunda seção argumenta-se que é possível sustentar uma teoria positivista kantiana

acerca do direito positivo, a qual tem a peculiaridade de distinguir entre estados despóticos (onde ainda há direito) e bárbaros (onde não há mais direito) sem apelar para critérios morais. Na terceira e quarta seção reconstrói-se alguns elementos centrais da teoria do direito de Kelsen e de Hart de modo a argumentar que os seus positivismos jurídicos são inferiores àquele pressuposto por Kant no que concerne à capacidade de lidar com a normatividade jurídica. Entretanto, é importante ressaltar que este artigo defende que o positivismo normativo crítico, o qual pode ser desenvolvido a partir da posição geral de Kant, tem aspectos que o tornam superior às teorias positivistas desenvolvidas por Kelsen e Hart no que se refere ao tratamento da normatividade jurídica, mas com isso não se está avaliando uma série de outras teses desenvolvidas por Kelsen e Hart acerca da lógica interna e do desenvolvimento dos sistemas jurídicos

### **Kant no contexto do debate positivista e não-positivista**

Segundo Kelsen, o positivismo jurídico se caracteriza por duas teses centrais que se encontram intimamente conectadas. A primeira tese sustenta a independência da validade do direito positivo da relação a uma norma de justiça, já a segunda tese defende um monismo do fundamento do direito, no sentido de que o *único* critério para avaliação da validade do direito são os critérios formais para sua produção segundo o sistema jurídico em questão, que é traduzido na norma fundamental.<sup>2</sup> Nesse sentido, uma norma jurídica é válida não por sua relação com a justiça, mas porque ela surgiu segundo os processos adequados de criação de leis estabelecidos pelo sistema político-jurídico em questão, o qual, por sua vez, também não precisa ser avaliado e legitimado por critérios de justiça.<sup>3</sup> Segundo essa perspectiva, a filosofia do direito de Kant seria para Kelsen uma das principais oponentes do positivismo jurídico, pois defende não somente a tese da validade de uma moralidade universal fundada no imperativo categórico, como também pretende vincular o conteúdo normativo da sua doutrina do direito a tal imperativo.<sup>4</sup> Essa interpretação é fortalecida por afirmações como: “Uma doutrina do direito meramente empírica é (como a cabeça de Fedro) uma cabeça que pode ser bela, mas infelizmente não tem cérebro” (MS, AA 06:229s)<sup>5</sup>; ou ainda, “se a justiça deixar de existir, então é melhor que não existam mais homens sobre a terra” (MS, AA 06:332). Ora, à primeira vista, com essas afirmações parece não restar dúvidas de que Kant rejeitaria a perspectiva do positivismo jurídico, visto que o direito é vinculado à justiça, a qual, por sua vez, é determinada segundo os princípios *a priori* da razão prática pura.

A tese de que Kant defenderia um positivismo jurídico foi defendida por Waldron (1996)<sup>6</sup>, que qualifica essa posição como positivismo normativo.<sup>7</sup> Essa variante pode ser caracterizada como sendo um positivismo que atribui um valor moral ou político para a criação das leis através do poder legislativo e para a separação dos poderes. Essa posição se assenta na premissa de que, mesmo que existam valores morais mais ou menos compartilhados em uma sociedade, ainda assim ocorrem desacordos sobre como interpretá-los e implementá-los em normas específicas. Cabe ao direito positivo estabelecer uma forma pacífica e racional de lidar com esse conflito e resolver as controvérsias que surgem na sociedade, criando e garantindo assim a ordem e a segurança jurídica. Em suma, o positivismo normativo é uma posição que comporta uma dimensão normativa que defende o estado de direito como um valor moral ao mesmo tempo em que reconhece a pluralidade e o desacordo acerca dos conceitos ou da aplicação de valores morais e de justiça.<sup>8</sup> Uma consequência importante do positivismo normativo é a restrição da atuação do poder do judiciário e das cortes constitucionais quanto ao seu espaço para interpretação de leis ou de revisão constitucional, ao mesmo tempo que atribui a autoridade soberana ao poder legislativo.<sup>9</sup>

Alexy, por outro lado, argumenta que a filosofia do direito de Kant constitui uma teoria do direito não-positivista. Segundo ele, haveria na filosofia do direito de Kant um vínculo necessário entre a validade da lei positiva e sua correção moral, ou seja, a deficiência moral de uma lei seria um critério para que ela deixe de ser considerada uma lei válida (ALEXY, 2019, 501), ou ainda, a moralidade afeta a legalidade da lei. Assim, de acordo com ele, "o conceito de lei de Kant inclui tanto uma conexão classificadora quanto qualificadora entre lei e moralidade" (ALEXY, 2019, 502). Nesse sentido, haveria três variantes de não-positivismo. O não-positivismo exclusivo afirma que "cada injustiça cada defeito moral de uma norma exclui a sua validade legal enquanto lei. Uma versão clássica dessa perspectiva é expressa pela afirmação de Agostinho, qual seja, de que uma lei que não é justa parece não ser uma lei" (ALEXY, 2019, 502).<sup>10</sup> Essa posição não poderia ser atribuída a Kant pelas razões apresentadas por Waldron. Uma segunda variante seria o não-positivismo superinclusivo. À primeira vista, essa posição pareceria uma posição positivista pois ela afirma que a validade legal da lei não é afetada pelos defeitos morais, mas ela se distinguiria pelo fato de que os defeitos morais ainda assim criariam graus de defeito na lei. Alexy já havia atribuído essa posição a Kant em textos anteriores (ALEXY, 2008).<sup>11</sup> No seu último artigo sobre o tema, Alexy modifica sua opinião e passa a atribuir a Kant também a variante do não-positivismo inclusivo. Essa posição não afirma nem que os defeitos morais

sempre comprometem a validade da lei moral, nem que eles nunca o fazem. Trata-se de uma retomada da fórmula de Radbruch segundo a qual, os defeitos morais solapam a validade legal se e somente se um limiar de extrema injustiça é transgredido. Injustiça abaixo desse limiar está incluída no conceito de direito como direito falho, mas ainda válido.<sup>12</sup>

Alexy apresenta dois argumentos para sua interpretação. Ele nomeia o primeiro de cláusula da exceção. Essa leitura se assenta textualmente na passagem em que Kant afirma “*Obedecei (em tudo o que não contradiz o moral interno) à autoridade que tem poder sobre vós*” (MS, AA 6:371). A cláusula de exceção acrescentada entre parênteses uma limitação que é feita com base em um princípio moral. Segundo Alexy isso poderia ser traduzido como “injustiça muito extremada não é lei” (ALEXY, 2019, 505).<sup>13</sup> O segundo argumento é nomeado de argumento da nulidade e encontra suporte em textos como *Resposta à pergunta: o que é esclarecimento?* onde Kant afirma que um contrato que quisesse manter a humanidade em perpétua menoridade seria um contrato absolutamente nulo (8:93), ou na *Doutrina do direito*, onde afirma que “um contrato pelo qual uma parte abdica de toda a sua liberdade a favor da outra, deixando assim de ser uma pessoa e não tendo, por conseguinte, nenhum dever de manter um contrato, mas reconhecendo apenas a força, é em si mesmo contraditório, i. é, nulo e pífio.” (MS, AA 6:283)

Também existe um outro grupo de intérpretes que preferem não categorizar Kant nem como positivista, nem como não-positivista. Stone, por exemplo, concorda com o argumento apresentado por Waldron, mas insiste que na realidade “o direito Kantiano pode ser consistente com o positivismo” (STONE, 2017, 174),<sup>14</sup> mas que ao mesmo tempo também advoga uma tese que o distancia do positivismo, a saber, “que o direito expressa parte da moralidade” (STONE, 2017, 179). Nesse sentido, a posição kantiana apresentaria um meio termo na polarização entre positivistas e não positivistas.

Na próxima seção apresento dois argumentos para sustentar que Kant defendia uma espécie particular de positivismo que poderia ser chamado de *positivismo crítico normativo* com relação à compreensão do que é o direito positivo.

## **Dois argumentos sobre o positivismo jurídico de Kant**

Nessa seção pretende-se apresentar dois argumentos que sustentam que a filosofia do direito de Kant comporta um positivismo jurídico com relação ao direito positivo. Mas antes de passar aos pontos é preciso chamar a atenção para o fato de que o objetivo da obra *Os princípios metafísicos*

da doutrina do direito não foi apresentar uma teoria analítica ou das condições de possibilidade do direito positivo, mas sim das condições de possibilidade do direito justo. Entretanto, para isso Kant em alguns momentos distinguiu o direito justo do direito positivo e ainda do não-direito. Nesse sentido, faz-se uma reconstrução da posição de Kant que se encontra imiscuída na discussão que tem como fio condutor a questão do direito justo. Como premissa geral desta interpretação, pode-se dizer que Kant entende o direito positivo como condição necessária (no sentido lógico e histórico), mas não suficiente do direito justo, sendo que ambas, tanto o direito positivo, quanto o direito justo possuem características e critérios normativos próprios.

### ***A incondicionalidade da exigência da positividade do direito*<sup>15</sup>**

Esse é o argumento central que sustenta as interpretações de Hopton (1982) e Waldron (1996)<sup>16</sup> segundo as quais Kant seria um partidário do positivismo jurídico. Segundo Kant, existe um *dever moral dos indivíduos* de abandonar o estado de natureza, pois ainda que nesse estado se possa falar em um sentido indeterminado e provisório de direito, esses direitos *não* são determinados nem quanto à quantidade, nem quanto à qualidade (MS, AA 6:266). Diferentemente de Hobbes, a saída do estado de natureza não tem sua razão nos riscos à vida dos indivíduos. Ainda que Kant não negue a existência de uma contínua guerra no estado de natureza, o seu argumento incide na existência de um imperativo categórico que estabelece a saída de tal estado. Por mais que os indivíduos tenham consciência e clareza da validade de critérios morais para avaliar o que é de direito no estado de natureza, ainda assim, *na prática* é claramente possível representar que os indivíduos discordem conscienciosamente e de boa fé acerca do que é correto num caso particular, o que os leva a usar da força para imporem o que cada um considera como seu direito. É por isso que o direito seria necessário até mesmo para "homens bondosos e amantes do direito" (MS, AA 06:312), quanto mais para um povo que não segue estritamente os mandamentos morais, como é o caso mediano dos seres humanos. Em outras palavras, é possível que haja desacordos de boa fé mesmo entre pessoas estritamente morais e nesse caso é preciso que haja também um modo comum de resolver o problema sem que cada um ajuíze e use da força segundo a sua concepção do justo num caso particular.

Desse modo, a necessidade do Estado e a obrigatoriedade da saída do estado de natureza indicam, sobretudo, a necessidade moral de haver leis claras e determinadas juntamente com regras de aplicação, por conseguinte, a existência de um modelo distributivo de justiça que esteja

acima das partes litigantes (cf. KERSTING, 1992, 352; WALDRON, 2003, 73.). O único direito que deve passar a existir é o direito público e tudo o que Kant apresenta no âmbito do direito privado deve ser reinterpretado e reconfigurado. Dessa forma, a obrigação de sair do estado de natureza é uma obrigação moral de que cada indivíduo deve abdicar do seu direito natural de interpretar e aplicar a lei segundo a sua concepção do que é o justo. Por conseguinte, o estado de direito é por definição o estado em que os indivíduos não podem agir segundo a sua própria concepção do direito, por conseguinte, abdicam do direito de serem os juízes e de descumprirem aquilo que o soberano estabeleceu como sendo a lei e as cortes decidiram em um caso particular.

Note-se que se trata de um positivismo normativo pois existe uma normatividade superior ao direito positivo que estabelece uma obrigação moral de cumprir o direito positivo, seja ele qual for. Nas palavras de Kant, “pode-se pensar em uma legislação externa que contivesse somente leis positivas, mas então teria de preceder uma lei natural que fundamentasse a autoridade do legislador (isto é, a autorização de obrigar outros através de seu mero arbítrio)” (MS, AA 06:224).<sup>17</sup> Ou seja, o direito positivo pode ter um conteúdo qualquer, mas ele mesmo é justificado com base numa norma *a priori* da razão que atribui autoridade ao legislador para impor a lei positiva. Essa autoridade do legislador implica, por sua vez, uma obrigação moral de cumprimento da lei positiva por parte do súdito (cf. MS, AA 06:319). Aqui já se pode chamar a atenção para a centralidade da figura do legislador ou do poder legislativo e não daquele que aplica a lei ou do judiciário.

### **Conceito e validade da lei positiva<sup>18</sup>**

Segundo Alexy (2008, 290), o “debate within non-positivism as well as the debate between non-positivism and the different forms of positivism is a debate over the concept and the nature of law”. A posição não-positivista é caracterizada por Alexy como sendo aquela que reconhece a existência de um caráter dual na lei positiva, ou seja, para que a lei seja considerada como tal, ela precisa possuir dois aspectos. De um lado, haveria o aspecto que se refere às características pertencentes a dimensão factual ou real, as quais seriam tanto os corretos procedimentos de formulação da lei quanto a sua capacidade de se tornar efetiva (seja junto aos agentes que operam a lei, seja com relação aos seus destinatários, o povo em geral). De outro lado, haveria o critério ideal que se constitui pelo seu caráter moral ligado aos conceitos de direitos humanos e justiça.

Nesta seção faz-se uma análise do conceito de lei e direito positivo em Kant e mostrar que para ele a lei positiva seria composta apenas por

aquilo que Alexy chama de aspecto real. Entretanto, argumento que para Kant esse aspecto não comporta apenas elementos reais, mas já traz em si mesmo elementos ideais ou formais, que, por sua vez não são ainda elementos de justiça. Já o conceito de lei justa, que Alexy chama de caráter ideal, envolveria um terceiro elemento, que seria estabelecido pelo imperativo categórico do direito e pelo direito inato à humanidade. Nesse sentido, a perspectiva dual de Alexy se transformaria em Kant numa perspectiva triádica. Passa-se agora à análise dos seguintes conceitos: lei, estado de direito e obrigação (mesmo com relação a um direito injusto).

Kant define o conceito de lei da seguinte forma:

Uma lei (moralmente prática) é uma proposição que contém um imperativo (mandamento) categórico. O que manda (*imperans*) por uma lei é o *legislador* (*legislador*). Ele é o autor (*autor*) da obrigação segundo a lei, mas nem sempre autor da lei. No último caso, a lei seria positiva (contingente) e arbitrária. (MS, AA 06:227)

Essa passagem é de difícil interpretação. Propõe-se lê-la do seguinte modo: em primeiro lugar é preciso levar em conta que nas linhas anteriores Kant distinguiu entre o conceito de liberdade da vontade e do arbítrio utilizando sua distinção entre noumenon e fenômeno. Nesse sentido, sugere-se interpretar do seguinte modo a afirmação de que uma lei prática é um mandamento e de que na legislação positiva o autor da obrigação da lei não é o autor da lei, a saber, que o autor da obrigação de seguir a lei positiva é ainda o homem noumenon, ainda quando ele não é o autor da lei, nesse caso, o próprio legislador, ou ainda, mesmo quando ele não pode se colocar na posição do legislador, no sentido de que ele pudesse consentir com a lei. Em outras palavras, aqui Kant está afirmando a existência de um dever do indivíduo em respeitar a lei positiva, mesmo quando ela não pode ser vista como oriunda da razão prática do mesmo agente considerado enquanto homem noumenon, isto é, quando ela é arbitrária e não passível de universalização. Em outras palavras, a lei positiva envolve exatamente a situação na qual temos uma obrigação de seguir uma lei da qual não podemos nos representar racionalmente como seus autores. Entretanto, essa lei continua sendo lei positiva, continua sendo direito e estamos vinculados a ela por uma obrigação, que é uma obrigação moral, mesmo que a lei seja injusta (ou de como veremos a seguir, mesmo que ela não envolva liberdade).

Esse ponto é reforçado pela definição que Kant apresenta de direito:

O que é a doutrina do direito? O conjunto das leis para as quais é possível uma legislação externa se chama *doutrina do*

*direito (jus)*. Se tal legislação é efetiva, então ela é doutrina do *direito positivo*, e seu conhecedor, ou jurisconsulto (*jurisconsultus*), chama-se *jurisperito (jurisperitus)* se conhece as leis externas também externamente, i.é, em sua aplicação a casos dados na experiência, podendo mesmo chegar a jurisprudência (*jurisprudencia*), mas sem a reunião de ambas permanece mera ciência do direito (*jurisscientia*). (MS, AA 06:229)

Ora, ainda que na sequência da citação Kant mencione a doutrina do direito natural, a qual tem como finalidade um conhecimento sistemático para avaliação das leis positivas, o fato é que as leis positivas se referem à legislação efetiva, a qual Kant denomina direito em sentido positivo. Isso também reaparece na citação seguinte:

O que é o direito? Essa pergunta certamente deixará embaraçado o jurisconsulto, caso não queira incorrer numa tautologia ou apontar para o que as leis querem num tempo qualquer e num país qualquer, em vez de dar uma solução universal, tanto quanto o lógico fica embaraçado com a famosa provocação: o que é a *verdade*? O que é o direito (*quid sit juris*), isto é, o que dizem ou disseram as leis em um certo lugar e em certo tempo, sem dúvida ele consegue ainda indicar; mas, se aquilo que elas queriam também é justo, e o critério universal com que se podem conhecer em geral tanto o justo como o injusto (*justum et injustum*), isso certamente lhe fica oculto (...). (MS, AA 06:229f.)

Mesmo que Kant esteja se colocando a questão do conceito universal de direito ao qual ele vincula o conceito de justiça, ele ao mesmo tempo está reconhecendo uma definição do direito positivo que possui validade enquanto tal.<sup>19</sup> Essa passagem também nos fornece uma outra importante pista, a saber, o estabelecimento de uma analogia das categorias de análise do direito positivo com as categorias de análise presentes na lógica geral.

A lógica geral também é uma disciplina normativa, ela não apresenta as regras segundo as quais nós pensamos, mas as regras segundo as quais nós deveríamos pensar para que nosso pensamento seja considerado válido (Log, AA 09: 14). Entretanto, mesmo que a forma lógica seja respeitada, isso ainda não garante a correção do pensamento, isto é, a verdade do que foi dito. Essa é uma das críticas que Kant tece à metafísica tradicional, que criava sistemas metafísicos elaborados respeitando os princípios lógicos como o de não-contradição, mas que nem por isso consegue resolver adequadamente os problemas da metafísica. Na perspectiva da filosofia Kantiana, pode-se dizer que se as regras que criam o direito positivo estão



para as regras da lógica formal, então as regras do direito justo equivalem às regras da lógica transcendental. A lógica transcendental não abstrai de todo o conteúdo, nesse sentido o tipo de forma com a qual ela se engaja é uma forma universal que traz em si um compromisso com determinado conteúdo dado a priori pela razão (*KrV*, B 80). Existem assim dois conceitos distintos de forma e dois conceitos de normatividade. A forma e a normatividade da lógica geral é condição necessária e suficiente para a validade do conhecimento, mas insuficiente para a sua correção. Analogamente poderia se dizer que o direito positivo é condição necessária e suficiente para o conceito de estado de direito, mas não condição suficiente para o conceito de estado de direito justo.

Tendo isso em mente, pode-se agora analisar uma importante passagem da Antropologia:

Liberdade e lei (pela qual se limita aquela) são dois eixos em torno dos quais se move a legislação civil. – Mas a fim de que a segunda seja também de efeito e não recomendação vazia, tem-se de acrescentar um intermédio, a saber, o poder que, unido àqueles, coroa de êxito aqueles princípios. – Ora, podem-se pensar quatro combinações do último com os dois primeiros: a) Lei e liberdade sem poder (anarquia); b) Lei e poder sem liberdade (despotismo); c) Poder sem liberdade nem lei (barbárie); d) Poder com liberdade e lei (república). (*Anth*, AA 07: 330f).

Se juntarmos a essa passagem a formulação que se encontra na Doutrina do direito de que “o direito está ligado a faculdade de coagir” (*MS*, AA 6:231) segundo o princípio de contradição, ou seja, segundo um vínculo analítico, então pode-se inferir que o estado de direito requer a união de dois aspectos, por um lado a lei, por outro o poder para exercer a coação contra aquele que infringe a lei. Por isso, no estado de *anarquia* não há direito, pois não há poder que faça valer as leis. Da mesma forma, não há direito no estado de *barbárie*, pois nesse caso o poder está desvinculado da lei. Na barbárie há simplesmente força sem direito, onde o estado ocupa a posição de bandido armado que força os indivíduos a realizarem certos atos.

Entretanto, pode haver direito tanto em um estado despótico e injusto, quanto numa república. Kant define o despotismo como “o princípio da execução arbitrária pelo Estado de leis que ele a si mesmo deu, por conseguinte, a vontade pública é manejada pelo governante como a sua vontade privada” (*ZeF*, AA 08:352). Assim, o que distingue o despotismo da barbárie é a existência de leis e, por conseguinte, a existência do direito positivo, ainda que essas leis sejam fruto da vontade arbitrária do soberano.

Em outras palavras, mesmo que um soberano despótico desconsidere a ideia de liberdade ao formular as leis, ainda há um estado com direito.

Para Kant, devemos respeitar o estado de direito, mesmo em um estado despótico, nesse sentido:

São leis permissivas da razão conservar a situação de um direito público, viciado pela injustiça, até por si mesma estar madura para uma transmutação plena ou se aproximar da sua maturação por meios pacíficos; pois qualquer constituição *jurídica*, embora só em grau mínimo seja conforme ao direito, é melhor do que nenhuma; uma reforma precipitada depararia com o último destino (a anarquia) (ZeF, AA 08: 373n.).

Alguns elementos importantes da passagem acima precisam ser esclarecidos (não interessa aqui o conceito de lei permissiva). Em primeiro lugar, ao falar de conformidade com o direito, Kant está pensando em "Direito", no singular, isto é, no direito que se apresenta pelos princípios metafísicos do direito. Nesse sentido, por mais que as leis positivas estejam em *desacordo* com esse Direito, elas ainda assim fazem parte de uma constituição jurídica, por conseguinte, são parte do direito positivo e devem ser respeitadas. Em segundo lugar, nessa passagem Kant fala também de um mínimo que constitui o direito, ou seja, também há um limite entre um Estado despótico e um Estado bárbaro. Em terceiro lugar, a constituição jurídica, mesmo em um grau mínimo, indica que tal constituição despótica ao menos respeita os critérios fundamentais do conceito de lei. Nesse caso cabe colocar a questão: quais são então os critérios formais do conceito de lei positiva? Ou ainda, quais os critérios formais do conceito de lei positiva que poderia ser injusta, mas ainda ser qualificada como lei de um estado de direito?

Podemos agora retomar a analogia com a lógica geral. Trata-se de apontar para os aspectos normativos que compõem o conceito de lei, mas que ainda não implicam a normatividade da justiça. Em outras palavras, as condições necessárias, mas não suficientes para uma lei justa. Sugere-se aqui que para Kant esse conceito formal geral de lei pode ser derivado da teoria da ação em geral, a qual tem o foco na liberdade do arbítrio, enquanto o conceito de lei justa pode ser derivado da teoria do agir moral, entendida como aquela que respeita o conceito de humanidade e da liberdade como um direito inato.

Neste artigo pretende-se apenas apresentar algumas indicações sobre em que sentido ele pode ser delineado.<sup>20</sup> O conceito de lei em geral deve regular a ação humana que está vinculada ao arbítrio, isto é, a capacidade de fazer ou deixar de fazer. Assim, para que uma norma seja considerada

lei, ela deve respeitar o critério de que ela somente pode regular aquilo que está vinculado ao arbítrio, ficando excluída a profissão de fé (já que a fé não é algo que pode ser escolhido), atos que estão para além das capacidades humanas, ou mesmo características físicas e naturais dos indivíduos. Não pode haver uma lei que puna um indivíduo por ele ser negro ou branco, ser judeu ou protestante, pois nada disso faz parte do campo do arbítrio humano.<sup>21</sup> Para que uma lei possa regular o arbítrio ela deve ser pública e não ser aplicada retroativamente, do contrário ela estaria desrespeitando o critério fundamental de pretender ser uma norma que estabeleça um determinado padrão de comportamento ao qual os indivíduos possam se adaptar. Em suma, de uma teoria geral da ação humana pode-se extrair um conjunto formal de critérios para definir o conceito de lei, tal como, publicidade, previsibilidade, não retroatividade, generalidade, direcionada ao agir e não às características físicas, etc. Esses elementos são formais, pois podem estar presentes em um estado de direito injusto, que comporta servidão ou escravidão, por exemplo, caso a servidão ou escravidão seja estabelecida não por alguma condição física ou histórica, mas por atos cometidos pelos indivíduos e que poderiam ter sido evitados (cf. *MS*, AA 06:283).

Mas quando passamos a tratar do conceito de lei *justa*, então já devemos ter em conta a perspectiva do imperativo categórico do direito aplicado juntamente com o direito inato à liberdade e o valor da humanidade. Ainda se trata do arbítrio, mas agora do arbítrio considerado na sua relação com a vontade. Trata-se aqui de um outro conceito de forma que se refere a um conteúdo *a priori*, ou seja, que não abstrai completamente dos princípios fundamentais da razão prática pura. Nesse conceito de lei justa, além dos critérios anteriores do estado de direito, também passam a vigorar critérios para a correção moral do direito. É com relação a esse aspecto que reside a distinção entre um estado despótico e uma república. Entram aqui pressupostos de que contratos que não respeitam a dignidade da pessoa humana devem ser considerados nulos (contratos de servidão ou escravidão<sup>22</sup>), ou a existência da presunção de inocência em todo processo penal.

Comparando com a posição de Alexy (2008), pode-se dizer que o conceito de lei em Kant possui não um aspecto dual, mas triádico, pois uma parte do que Kant entende por critério formal de lei se estenderia para aquilo que Alexy chama de ideal, mas que ainda assim não seria moral. A perspectiva do idealismo transcendental de Kant torna as coisas mais complexas. Entretanto, Kant ainda assim pode ser considerado um positivista, pois para ele poderia haver direito positivo mesmo que esse não implicasse compromisso com valores morais e de justiça. Existiria uma

*normatividade ideal formal*, a qual é moralmente neutra e se refere à definição de “estado de direito”, e uma *normatividade ideal moral* (a qual ocuparia o mesmo nível da argumentação que Kant nomeia de transcendental) e se referiria ao conceito de “república”. Essa diferença é indicada na distinção conceitual entre o injusto *formaliter* e o injusto *materialiter* (MS, AA:06:307n.)

Mas o positivismo de Kant seria normativo e não meramente descritivo pelas seguintes razões: 1. Comporta uma *normatividade formal interna* que se vincula ao conceito de lei, a qual deve ser incorporada em procedimentos estatais públicos, ou seja, Kant não consideraria como direito tudo o que é denominado como tal, da mesma forma que seria equivocado inserir elementos empíricos e psicológicos no âmbito da lógica geral; 2. Envolve uma normatividade moral que implica a obrigação ao cumprimento do direito positivo, mesmo quando ele é injusto<sup>23</sup>, porém essa obrigação é externa ao sistema jurídico positivo e é irrelevante para definir o conceito de estado de direito; 3. Envolve uma obrigação moral de corrigir o direito injusto. Em outras palavras, o positivismo legal kantiano é sustentado e enquadrado por uma teoria normativa formal acerca do conceito de lei, mas também por uma teoria do estado e uma teoria republicana que exige a promoção da liberdade como um valor interno ao sistema jurídico.<sup>24</sup>

Se estabelecermos agora uma comparação com a tese de Radbruch (2006, 07) e sua fórmula, poderíamos dizer que Kant concordaria apenas parcialmente com a colocação do problema. Ele concordaria que existe um limite entre o estado de direito e a barbárie, mas esse limite não é estabelecido por critérios morais, mas por critérios que poderíamos chamar de lógico-práticos. Nesse sentido, estaríamos tratando com um modelo de positivismo jurídico que estabelece um critério formal e não moral para a existência do estado de direito. Se quisermos trabalhar com um critério de estado de direito justo ou de república, então outro limiar é pressuposto, como o critério da presunção de inocência ou de leis que incorporem os elementos lógico-morais de liberdade, igualdade<sup>25</sup> e independência (no sentido de que são estabelecidos a priori pela razão prática pura e não determinados por uma cultura histórica específica).

### **A normatividade do direito para Kelsen e Hart e a questão do direito nazista**

Tanto Kelsen quanto Hart apresentam uma teoria do direito que tem, por um lado, a intenção de captar a normatividade característica do direito, por conseguinte, uma normatividade que apresente o direito como um

fenômeno social vinculado a um conjunto de normas que o distinga de uma mera coação, tal como ocorre quando um bandido ou grupo de bandidos coage outros indivíduos. Por outro lado, sua teoria acerca da normatividade jurídica pretende ser descritiva, no sentido de que ela seja uma teoria moralmente neutra, mas que ainda assim seja capaz de tratar as normas jurídicas de modo distinto do que a sociologia ou a história do direito o fazem. Nesse caso, eles argumentam que suas teorias do direito se apresentam como os *modelos explicativos* mais adequados para tratar de sistemas de normas jurídicas, os quais são distintos e podem ser independentes de outros sistemas normativos, como a ética ou os costumes sociais. Pretende-se mostrar que Kelsen e Hart não conseguem equilibrar adequadamente esses aspectos em sua teoria e que em última instância acabam privilegiando o segundo em detrimento do primeiro, ou seja, ao tentar apresentar um modelo explicativo do conceito de direito, acabam por não captar o aspecto característico da normatividade jurídica.

Segundo Kelsen (2000, 9), de uma perspectiva subjetiva, a ordem de um gângster para que lhe seja entregue uma determinada soma em dinheiro tem o mesmo sentido que a ordem de um funcionário de finanças, a saber, que o indivíduo entregue uma determinada soma em dinheiro. Entretanto, de um ponto de vista *objetivo*, as ordens são completamente diferentes, pois a ordem dada por um funcionário de finanças é fundada em uma lei fiscal, enquanto o gângster não se apoia em nenhuma norma que lhe atribua competência. Essa diferença entre a perspectiva subjetiva e objetiva é aquela que distingue entre mera coerção e a autoridade. As normas fiscais além de serem coativas, possuem *autoridade*, pois estão fundadas em um sistema de normas, o qual, em última instância está fundado em uma norma fundamental. Essa norma fundamental

é aquela norma que é pressuposta quando o costume, através do qual a Constituição surgiu, ou quando o ato constituinte (produtor da constituição) posto conscientemente por determinados indivíduos são objetivamente interpretados como fatos produtores de normas (...). Neste sentido, a norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico, para distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo. Ela é o ponto de partida de um processo: do processo de criação do direito positivo. Ela própria não é uma norma posta, posta pelo costume ou pelo ato de um órgão jurídico, não é uma norma positiva, mas uma norma pressuposta, na medida em que a instância constituinte é considerada como a mais elevada autoridade e por isso não pode ser havida como recebendo o

poder constituinte através de uma outra norma, posta por uma autoridade superior. (KELSEN, 2000, 221s)

A relação entre coação e autoridade é formulada por Kelsen na relação entre eficácia e validade. Uma norma é eficaz se ela em termos globais está sendo aplicada nos casos em que há uma ação que a contradiga. Por outro lado, a norma é válida se ela se assenta sobre um sistema normativo hierarquizado que lhe atribua legitimidade. Considerando que: 1) a norma fundamental é, para Kelsen, uma condição transcendental do direito, isto é, um pressuposto lógico-jurídico que o cientista do direito precisa assumir para interpretar um sistema normativo eficaz como válido; 2) que essa norma fundamental não possui qualquer conteúdo normativo e moral (KELSEN, 2000, 221), então, 3) segue-se que, em última instância, a eficácia é o fundamento fático do direito que é apenas interpretado, do ponto de vista interno ao sistema normativo, como sendo uma condição da validade, mas não a própria validade. Kelsen resume isso na seguinte passagem:

Como esta norma fundamental não é uma norma querida e, por isso, também não pode ser uma norma querida pela ciência jurídica (quer dizer: a sua afirmação) é logicamente indispensável para a fundamentação da validade objetiva das normas jurídicas positivas, ela apenas pode ser uma norma pensada, e uma norma que é pensada como pressuposto quando uma ordem coercitiva globalmente eficaz é interpretada como um sistema de normas jurídicas válida (KELSEN, 2000, 227).

A passagem da eficácia para a validade é, na verdade, uma exigência teórica baseada na tese de que apenas uma norma pode fundar outra norma. "As normas de uma ordem jurídica positiva valem (são válidas) *porque* a norma fundamental que forma a regra basilar da sua produção é pressuposta como válida, e não porque são eficazes; mas elas somente valem se esta ordem jurídica é eficaz, quer dizer, enquanto esta ordem jurídica for eficaz" (KELSEN, 2000, 237).

O positivismo jurídico defendido por Kelsen pretende ser completamente neutro com relação à moral, ou com relação a qualquer aspiração de justiça. Por isso ele sustenta que "todo e qualquer conteúdo pode ser Direito" (KELSEN, 2000, 221), ou que segundo o Direito dos estados totalitários, o governo tem poder para encerrar em campos de concentração, forçar a quaisquer trabalhos e até matar os indivíduos de opinião, religião ou raça indesejável. Podemos condenar com a maior veemência tais medidas, mas o que não podemos é considerá-las como situando-se fora da ordem jurídica desses Estados (KELSEN, 2000, 44).

Essa posição também pode ser formulada da seguinte forma, “o fato, porém, de o conteúdo de uma ordem coercitiva eficaz poder ser julgado como injusto, não constitui de qualquer forma um fundamento para não considerar como válida essa ordem coercitiva” (KELSEN, 2000, 55). Ou ainda, que “não se aceita de modo algum a teoria de que o Direito, por essência, representa um mínimo moral, que uma ordem coercitiva, para poder ser considerada como Direito, tem de satisfazer uma exigência moral mínima.” (KELSEN, 2000, 74). O argumento de Kelsen é de que uma posição contrária pressuporia uma concepção “moral absoluta” que estaria na base de todos os sistemas de moral positiva, pois essa exigência por parte da jurisprudência, “conduz a uma legitimação acrítica da ordem coercitiva estadual que constitui tal comunidade”. Isso porque a “ciência jurídica não tem de legitimar o Direito, não tem por forma alguma de justificar – quer através de uma moral absoluta, quer através de uma moral relativa – a ordem normativa que lhe compete – tão somente – conhecer e descrever” (KELSEN, 2000, 78).<sup>26</sup>

Quando pensamos no caso do estado Nazista alemão e das leis então vigentes, é inevitável, no mínimo, um desconforto quanto à proposta de Kelsen. De sua parte, Kelsen responderia que, se, por um lado, os indivíduos que colaboraram com os nazistas podem alegar que estavam cumprindo ordens e a lei, por outro lado, não há nada que impeça que um regime posterior regule retroativamente aqueles atos e os passe a considerar como criminosos. Segundo ele,

por exemplo, sob o regime nacional-socialista, na Alemanha, certos atos de coerção que, ao tempo em que foram executados, constituíam juridicamente homicídios, foram posteriormente legitimados retroativamente como sanções e as condutas que os determinaram foram posteriormente qualificadas como delitos. Uma norma jurídica pode retirar, com força retroativa, validade a uma norma jurídica que fora editada antes da sua entrada em vigor, por forma a que os atos de coerção, executados, como sanções, sob o domínio da norma anterior, percam o seu caráter de penas ou execuções, e os fatos de conduta humana que os condicionaram sejam despidos posteriormente do seu caráter de delito. (...) É verdade que aquilo que já aconteceu não pode ser transformado em não acontecido; porém, o significado normativo daquilo que há um longo tempo aconteceu pode ser posteriormente modificado através de normas que são

postas em vigor após o evento que se trata de interpretar (KELSEN, 2000, 14s.).

Ora, argumentando de modo coerente com suas pressuposições, de que não há nenhum conteúdo mínimo para o direito, segue-se que o Direito também pode retroagir, seja para inocentar, seja para condenar. Logo, atos de barbárie cometidos legalmente sob um regime, podem ser punidos por uma lei de modo retroativo. Essa seria a resposta de Kelsen para Eichmann<sup>27</sup>, ou seja, que alguém pode alegar que estava seguindo a lei, mesmo assim, em um momento posterior, sob uma outra lei, é possível criar um direito para puni-lo por isso.

Mas há um problema fundamental com essa ausência completa de determinação normativa do direito. Kelsen reconhece que é tarefa fundamental do direito regular as ações humanas, pelo menos sob o ponto de vista dos povos civilizados. Nas sociedades primitivas, determinadas ainda pela aceitação de um animismo na natureza e por uma indistinção entre o princípio de causalidade e o princípio de imputação, cabia ao direito regular também a natureza. Encontra-se então casos em que animais e até coisas eram julgados.

Na antiguidade havia em Atenas um tribunal especial perante o qual corria o processo contra uma pedra, uma lança ou qualquer outro objeto através do qual um homem, presumivelmente sem intenção, havia sido morto. E na Idade Média era possível pôr uma ação contra um animal – contra um touro, por exemplo, que houvesse provocado a morte de um homem, ou contra os gafanhotos que tivessem aniquilado as colheitas (KELSEN, 2000, 34).

Do ponto de vista da evolução do direito, pode-se dizer então que durante o período animístico da humanidade “apenas houve sociedade (como ordem normativa), e que a natureza, como ordem causal, somente foi criada pela ciência, depois de esta se ter libertado do animismo. O instrumento daquela emancipação é o princípio da causalidade” (KELSEN, 2000, 94). Ora, percebe-se então que Kelsen reconhece que existe um direito das sociedades primitivas e um direito das sociedades civilizadas. Há um processo de amadurecimento e desenvolvimento acerca do papel do direito em sua função de regular a conduta humana. Nesse sentido, aceitar a perspectiva de normas que retroagem implica exatamente recair em um modelo primitivo do direito. De forma similar, pode-se dizer que as leis de um estado totalitário podem ser consideradas como direito no contexto da história primitiva, mas isso não pode mais ser o caso após o Iluminismo e



os desenvolvimentos da Filosofia Moderna, que estabelecem parâmetros para aquilo que pode ser considerado a conduta humana e aquilo que pode ser regulado como tal.

Talvez uma analogia com outro campo possa ser útil. De um ponto de vista da história da ciência, podemos estudar (na terminologia de Kelsen, conhecer e descrever) o que era a ciência aristotélica. Entretanto, quando o objetivo é fazer uma teoria da ciência, para determinar o que se entende atualmente como sendo objetivamente ciência, não se pode considerar o procedimento da ciência aristotélica como adequado enquanto ciência. Note-se que, de um ponto de vista de uma *teoria da história do direito*, a proposta de Kelsen cumpre o que promete. Entretanto, do ponto de vista de uma *teoria do direito*, a qual deve estar comprometida com o dualismo que separa o princípio da causalidade do princípio de imputação, por exemplo, a consideração de que pessoas podem ser punidas não por sua conduta, mas pelo que elas são, como no caso de estado que decide “matar os indivíduos de opinião, religião ou raça indesejável” é completamente inaceitável, e cai em contradição com a própria compreensão do desenvolvimento da ideia do que é o direito e do princípio de imputação.

A preocupação de Kelsen em evitar uma moral absoluta que se imponha sobre a ciência jurídica é compreensível, mas essa preocupação o ofuscou acerca da perspectiva de que não se precisa operar com um par conceitual “relativo” versus “absoluto”. A ciência moderna, por exemplo, propõe alcançar objetividade, mas não um conhecimento absoluto. O objetivo é aquilo que encarna um compromisso com um conjunto de procedimentos que se compreende como a melhor forma conhecida até o momento de trabalhar com problemas complexos. Nesse sentido, pode-se argumentar que a norma fundamental, tal como pensada por Kelsen, cumpre adequadamente sua função *para uma teoria da história do direito*, mas não mais para uma teoria do direito positivo.

Outro ponto a ser assinalado é que uma teoria do direito não pode se propor apenas a “conhecer e descrever” o direito. A normatividade, sendo exatamente algo que pretende separar-se da mera coação e alcançar autoridade, implica sempre um ponto de vista interno às normas. Mas esse ponto de vista interno às normas não pode ser separado de uma perspectiva normativa que leve em conta o estado da arte acerca da compreensão do que é a conduta humana e de como ela pode ser regulada. O tratamento de Kelsen da normatividade de um ponto de vista teórico, isto é, a pretensão de querer captar a normatividade em um juízo teórico através da assim chamada “proposição normativa” pode ser viável do ponto de vista de uma teoria da história do direito, mas não de uma teoria do direito que pretenda realmente captar a normatividade e a profunda distinção

*qualitativa* entre eficácia e validade. Talvez seja possível dizer que Kelsen, seguindo exatamente o ethos do neokantismo<sup>28</sup>, reconheceu adequadamente a conquista moderna da separação da natureza com relação à sociedade, mas deixou de reconhecer que a modernidade também estabeleceu uma nova compreensão acerca do que é a sociedade, e principalmente sobre o que é o indivíduo. Por isso, um conceito de direito de um estado totalitário poderia ser direito numa concepção de sociedade pré-moderna, assim como a ciência aristotélica era ciência antes da modernidade. Porém, a partir da modernidade, com um novo e crítico conceito de objetividade, nem uma teoria do direito, nem uma teoria da ciência pode definir o que se deve entender por direito e ciência com base em parâmetros pré-modernos. Assim, uma teoria da ciência e uma teoria do direito que não sejam meramente uma teoria da história do direito e da ciência, não são teorias puramente descritivas. Elas precisam ser teorias normativas que não são objeto de estudo dos cientistas (historiadores), mas são objeto de estudo dos teóricos do direito.

Ao organizar o ordenamento jurídico, o teórico do direito não precisa estar apegado ainda a um conceito de justiça, mas deve ter em mente que já existe um cânon normativo daquilo que constitui a racionalidade intrínseca do direito como um sistema que pretende ser não apenas coativo, mas ter também autoridade acerca da regulação da conduta humana, ainda que seja para um conjunto de pessoas que abraçam o pluralismo razoável, para utilizarmos um conceito de Rawls.<sup>29</sup>

Questões similares aparecem no positivismo jurídico defendido por Hart. Também para ele, distinguir qualitativamente uma norma e um sistema jurídico de uma ordem dada por um assaltante é um elemento central da sua teoria. Cabe ressaltar que essa diferença entre a ordem de ladrões e as normas jurídicas é importante para o positivismo jurídico, pois trata-se de contestar a tese de Agostinho de que um estado sem justiça não passa de um bando de ladrões.<sup>30</sup> Hart propõe a distinção entre “ordens apoiadas em ameaças”, de um lado, e “ordens coercitivas” enquanto “comandos”, de outro. Apenas ordens coercitivas podem demandar obediência. Nesse caso, “a posição de comando se caracteriza pelo exercício de autoridade sobre homens, e não pelo poder de infligir dano; e embora possa se conjugar à ameaça de dano, o comando é, antes de tudo, não um recurso ao medo, mas *uma chamada ao respeito pela autoridade.*” (HART, 2012, 26, *itálico acrescentado*). Segundo ele, está claro que a “obrigação não se faz presente na situação do assaltante, embora a noção mais simples de ser obrigado a fazer algo possa ser definida em termos elementares ali presentes” (HART, 2012, 110).

Uma ordem coercitiva jurídica tem como característica fundamental ser parte e estar fundada em um ordenamento jurídico, o qual é concebido como um conjunto de regras primárias (dirigida a atos que os indivíduos devem ou não devem praticar) e regras secundárias (dirigidas somente à criação de normas primárias enquanto regras de criação de direito), reconhecidas e justificas a partir de uma regra de reconhecimento. “Enquanto as normas primárias dizem respeito a atos que os indivíduos devem ou não devem praticar, todas as normas secundárias se referem às próprias normas primárias.” Pode-se dizer que as normas secundárias “especificam como as normas primárias podem ser determinadas, introduzidas, eliminadas, alteradas de forma conclusiva, e como estabelecer conclusivamente o fato de terem sido transgredidas” (HART, 2012, 122). A norma de reconhecimento, por sua vez, “especifica as características que, se estiverem presentes numa determinada norma, serão consideradas como indicação conclusiva de que se trata de uma norma do grupo, a ser apoiada pela pressão social que este exerce” (HART, 2012, 122). Em outras palavras, “dizer que uma norma é válida equivale a reconhecer que esta satisfaz a todos os critérios propostos pela norma de reconhecimento e é, portanto, uma norma do sistema” (HART, 2012, 133). A norma de reconhecimento é uma norma última e suprema (cf. HART, 2012, 136)

Essa resposta de Hart sobre a distinção entre uma ordem de gângsteres ou ladrões e um sistema jurídico é muito semelhante àquela oferecida por Kelsen, especialmente com relação ao estatuto teórico relativo à norma de reconhecimento. Hart insiste que não se deve confundir a “suposição da validade” com a “pressuposição da existência” (HART, 2012, 141). Isso ocorre porque a norma de reconhecimento “existe como uma prática complexa, que envolve a identificação de direito pelos tribunais, autoridades e indivíduos privados por meio da referência a determinados critérios. Sua existência é uma questão de fato” (HART, 2012, 142) Entretanto, ao analisar o caso de se um poder legislativo promulgado poderia criar uma norma de reconhecimento como parte pública do sistema, Hart responde negativamente, afirmando que “a juridicidade dessa promulgação dependeria necessariamente do fato de a norma já ter uma existência anterior e independente. Além disso (...), sua existência, ao contrário daquela de uma lei comum, consiste necessariamente numa prática efetiva” (HART, 2012, 143). Ora, essa existência pressuposta da regra de reconhecimento indica exatamente o caráter lógico-jurídico que Kelsen atribui a sua norma fundamental. Isso é reconhecido textualmente quando Hart escreve que a submissão dos corpos jurídicos à norma de reconhecimento “é uma condição logicamente necessária para que

possamos falar da existência de um sistema jurídico único” (HART, 2012, 149).

Essa caracterização do direito feita por Hart também se inscreve na perspectiva que ele chama de geral e descritiva.

É *geral* no sentido de que não se vincula a nenhum sistema jurídico ou cultura jurídica específicos, mas busca fornecer uma descrição explicativa e elucidativa do direito como instituição social e política complexa, dotada de um aspecto regulatório (e, nesse sentido, “normativo”). Apesar das muitas variações em culturas diferentes e em tempos diversos, essa instituição assumiu sempre a mesma forma geral e teve a mesma estrutura, embora muitos mal-entendidos e mitos obscurecedores, que exigem elucidação, tenham se aglomerado à sua volta. (...) Minha exposição é *descritiva*, no sentido de que é moralmente neutra e não tem fins de justificativa: não busca justificar, com base em fundamentos morais ou outros, ou recomendar as formas e estruturas que aparecem em minha descrição geral do direito, embora uma compreensão clara destas constitua, a meu ver, uma condição preliminar importante para qualquer crítica moral frutífera do direito (HART, 2012, 309s.).

Note-se que, similarmente a Kelsen, o projeto é, por um lado, descritivo e não justificatório, mas por outro, tem como objetivo *captar o caráter normativo*. Se, segundo o primeiro aspecto, a teoria do direito assume uma perspectiva semelhante àquela da história e sociologia do direito, pelo segundo aspecto, ela se distancia dessas ciências, pois quer tratar das normas não apenas enquanto “comportamento costumeiro e uniforme que um observador poderia registrar” (HART, 2012, 75). Esse distanciamento com relação a uma teoria como a de Austin, mas também de uma perspectiva da sociologia do direito, é caracterizado, segundo Hart, pela tomada de um ponto de vista interno às normas.

O ponto de vista externo pode reproduzir aproximadamente a maneira como as normas funcionam na vida de determinados membros do grupo, ou seja, aqueles que rejeitam as normas e só se preocupam com elas quando, e porque, acreditam que sua violação provavelmente trará consequências desagradáveis. Precisarão expressar seu pondo de vista dizendo: “Fui obrigado a fazê-lo”, “provavelmente terei problemas se...” (...). Mas não precisarão de formas de expressão como “Eu tinha a obrigação”, ou “Você tem a obrigação”, pois estas são necessárias apenas para aqueles que veem sua própria conduta e a de outros a partir do ponto

de vista interno. O que o ponto de vista externo (que se restringe às regularidades observáveis do comportamento) não pode reproduzir é a maneira como as normas funcionam na vida daqueles que constituem normalmente a maioria da sociedade. São as autoridades, juristas ou indivíduos particulares que as utilizam, numa situação após a outra, como orientação para a vida em sociedade, como base para suas pretensões, exigências, consentimentos, críticas ou punições, isto é, em todas as transações costumeiras da vida “segundo a norma”. Para eles, a infração a uma norma não constitui apenas uma base para prever que haverá uma reação hostil, mas uma *razão* para a hostilidade (HART, 2012, 117).

Uma teoria do direito precisa adotar o ponto de vista interno às normas, pois, “as ideias de ordens, obediência, hábitos e ameaças não incluem, e combinados não podem produzir, a ideia de uma norma, sem a qual não teremos a esperança de elucidar nem sequer as formas mais elementares do direito” (HART, 2012, 105; cf. 101, 79). O teórico descritivista que faz uma “teoria prática das normas” (HART, 2012, 329) precisa, portanto,

*compreender* o que significa adotar um ponto de vista interno e, nesse sentido limitado, precisa ser capaz de colocar-se na posição de um participante situado no interior do sistema; mas isso não é o mesmo que aceitar a lei, compartilhar ou endossar o ponto de vista do *insider*, ou abdicar de sua postura descritiva de qualquer outra forma (HART, 2012, 313).

Ao se colocar apenas na postura de alguém que *pretende compreender* o que significa o ponto de vista de um *insider* daquele sistema, sem criticá-lo ou endossá-lo, a teoria de Hart pretende se alinhar a tese do positivismo jurídico, segundo a qual, não é verdade que “os critérios de validade jurídica das leis específicas usadas num sistema jurídico devam necessariamente incluir, expressa ou tacitamente, uma referência à moral ou à justiça”. Ou ainda, o positivismo jurídico “designa a afirmação simples de que não necessariamente é verdade que as leis reproduzam certas exigências da moral ou as satisfaçam, embora de fato o tenham feito com certa frequência” (HART, 2012, 240).

O argumento de Hart, assim como o de Kelsen, é de que é possível “um sistema jurídico e uma moral social que não reconhecem que todos os homens têm direito a um mínimo de proteção uns contra os outros”. Segundo ele, os “fatos dolorosos da história humana bastam para mostrar

que embora uma sociedade deva, para ser viável, oferecer a *alguns* de seus membros um sistema de abstenção mútuas, ela não precisa, infelizmente, oferecê-lo a todos” (HART, 2012, 259). Para que um sistema normativo seja imposto, basta que haja “um número suficiente de pessoas que o aceitem voluntariamente. Sem essa cooperação voluntária, que cria *autoridade*, o poder coercitivo do direito e do governo não pode ser instituído” (HART, 2012, 260). Mas o fundamento para essa aceitação voluntária, que gera uma espécie de lealdade, não precisa ser baseado em uma concepção moral ou de justificativa pública. Isso significa que essa lealdade das pessoas ao sistema pode

basear-se em muitas considerações diferentes: cálculos de interesse a longo do prazo; consideração desinteressada por outras pessoas; uma atitude irreflexiva herdada ou tradicional; ou o simples desejo de agir como os demais. Não há realmente nenhuma razão para que os que aceitam a autoridade do sistema não examinem sua consciência e decidam que, moralmente, não deveriam aceitá-la; e entretanto, por diversas razões, continuam a fazê-lo (HART, 2012, 262).

Pelo fato dessa lealdade poder estar enraizada em uma ampla gama de aspectos não morais, bem como pelo fato de a norma de reconhecimento também não estabelecer nenhum conteúdo moral, segue-se que, segundo a teoria de Hart,

não somos obrigados a recusar, mesmo às piores leis nazistas, sua condição de direito, pois pode ser que apenas seu conteúdo moral iníquo as diferencie das leis de regimes moralmente aceitáveis, ao mesmo tempo que têm em comum com esses regimes muitos traços típicos do direito (por exemplo, forma de atividade legislativa, de julgamento e de imposição de lei). Pode haver razões suficientes em muitos contextos e com muitos objetivos para desconsiderar a diferença moral e afirmar, com o positivista, que esses sistemas perversos são sistemas jurídicos (HART, 2012, 349).

Segundo Hart, de um ponto de vista epistemológico, não haveria ganho ao se recusar o estatuto de lei para uma norma ou sistema jurídico moralmente detestável (cf. HART, 2012, 270). O estudioso positivista compreende o direito como um “método específico de controle social existente num sistema de normas primárias e secundárias. O estudo do seu uso envolve estudar também o seu abuso” (HART, 2012, 271). Além disso, retirar o status de lei jurídica às leis iníquas não ajudaria a evitar sistemas ou leis iníquas. Para ele,

não parece provável que o esforço para formar e educar os homens no uso de um conceito mais restrito de validade jurídica, no qual não há lugar para leis válidas mas moralmente iníquas, possa conduzir a um amadurecimento da resistência ao mal diante das ameaças do poder organizado, ou a uma percepção mais clara do que está moralmente em jogo quando a obediência é exigida (HART, 2012, 271).

O positivismo de Hart, assim como Kelsen, não assume a tese de que há uma obrigação moral *tout court* de obedecer ao direito positivo. Por isso, sua resposta a uma lei iníqua é a mesma de Kelsen, “deveríamos dizer: isto é uma lei; mas é demasiado injusta para ser aplicada ou obedecida” (HART, 2012, 268). Nesse sentido, “pode-se alegar, em favor da doutrina positivista simples de que as normas moralmente iníquas podem ainda integrar o direito, que ela pelo menos não disfarça a escolha entre dois males, que às vezes é preciso fazer em circunstâncias extremas” (HART, 2012, 273), como, por exemplo, entre destruir o estado através de uma revolução, ou mesmo para aplicar normas *ex post facto* para punir (e portanto, ir contra o princípio *nulla poena sine lege*) àqueles que foram cúmplices de tal legislação imoral.

Hart critica a posição do direito natural não apenas pela sua falta de clareza na colocação epistemológica do problema acerca da validade do direito ou da defesa de uma série de truísmos a respeito da natureza humana com generalizações muito óbvias, mas também argumenta que essa perspectiva está comprometida com uma concepção de teleologia natural característica da concepção pré-moderna, a qual se compromete com uma concepção mais contestável “da finalidade humana ou do que constitui o bem para o homem” (HART, 2012, 247).

Após essa breve reconstrução, pode-se entender agora como a teoria de Hart parece enfrentar os mesmos problemas da teoria de Kelsen. Em primeiro lugar, é questionável que se consiga falar de um ponto de vista interno às normas sem que se entre no mérito da legitimidade da autoridade, ou seja, que se possa captar a questão da autoridade simplesmente do ponto de vista de um expectador que se colocaria no lugar de um *insider* de um sistema jurídico particular. Especialmente porque as razões de lealdade do *insider* àquele sistema normativo podem não satisfazer os critérios públicos fundamentais que demandam obediência e respeito à autoridade.

Tanto Kelsen quanto Hart têm a pretensão de conciliar uma perspectiva que capte a normatividade, a qual demanda uma explicação de legitimidade, e uma perspectiva que descreva todos os sistemas jurídicos existentes. Trata-se da pretensão simultânea de captar a normatividade e

a descritividade. Mas não é possível satisfazer simultaneamente ambas as demandas sem que se estabeleça uma profunda mudança de perspectiva, ou uma hierarquia entre esses dois pontos de vista. Ao final eles optam pela primazia da eficácia sobre a validade. Entretanto, sob essa primazia do descritivo, perde-se aquilo que é o central da normatividade, sua capacidade legitimatória. Por isso, em última instância, ambos acabam entendendo por normatividade apenas a aceitação fática de um grupo suficiente de pessoas a um sistema normativo e não as condições de possibilidade para a aceitação. A priorização do elemento descritivo faz com que a aceitação em questão seja a *aceitação fática* que culmina na eficácia e não a *aceitação modal* que estabelece condições fundamentais para uma aceitação.

Para que a normatividade seja preservada, nem tudo o que é chamado de direito ao longo da história, ou seja, nem tudo o que foi efetivo ao longo da história enquanto direito poderia ainda ser considerado como direito. Como dito anteriormente, certos sistemas jurídicos poderiam ainda ser considerados como pertencentes à história ou pré-história do conceito de direito, mas não mais como direito. É constitutivo da normatividade que ela estabeleça exclusões, ou seja, que nem tudo ao que ela se dirige, já seja por princípio adequado a ela. Mas é exatamente isso que as teorias de Kelsen e Hart fazem. Por isso, apesar de Kelsen e Hart pretenderem fazer uma teoria do direito, o que eles desenvolvem é uma descrição das formas de direito ou uma taxonomia da estrutura lógica de todos os sistemas organizados de força que se autodenominam direito. Em última instância, não há uma distinção qualitativa entre a ordem de um assaltante e uma norma jurídica, apenas o acréscimo de mais complexidade e procedimentos. A normatividade captada pela proposição normativa de Kelsen, ou o ponto de vista interno às normas de Hart não tematizam a normatividade, mas descrevem a força, seja do ponto de vista de quem a exerce, quando se trata da lealdade, seja do ponto de vista de quem lhe é submetido, quando se trata da coação. Mas a passagem da ordem para o comando, ou ainda, a passagem da coação para a autoridade não pode ser baseada em um fato, portanto, não pode ser descritiva. O fato de um grupo suficiente de pessoas ser leal a uma determinada regra de reconhecimento ou modo de organizar a força não faz com que o sistema normativo nela fundado seja *ipso facto* válido.

De certo modo, Kelsen e Hart desconsideraram os argumentos da filosofia política moderna, de Hobbes, Locke e Rousseau a Kant e Hegel, a saber, de que a mera força mais ou menos duradoura não pode ser suficiente para gerar legitimidade. Nas famosas palavras de Rousseau, um escravo obedece porque precisa, não porque está obrigado. Na verdade,



parece que Kelsen e Hart acreditaram poder reduzir o campo da normatividade a uma perspectiva mais complexa da eficiência e da força. Entretanto, também cabe reconhecer que ambos os filósofos estavam comprometidos com a coerência dos seus pressupostos realistas e de suas consequências, o que não é o caso de muitos filósofos políticos contemporâneos autoproclamados de realistas. Faz parte desse compromisso com a coerência a posição de Kelsen e Hart de que não há uma obrigação para que os indivíduos se submetam ao direito positivo. A submissão é encarada como um fato (existe ou não existe, o que tem implicação na eficácia global do sistema), não como uma obrigação. No caso de Hart, há, no máximo, uma lealdade dos funcionários do direito, mas é também uma lealdade condicionada ou hipotética – se eu quero continuar como funcionário, então devo aplicar as normas x, y, z..., conforme ditam as normas secundárias 1, 2, 3.

Tanto Kelsen quanto Hart pretendem captar a normatividade do direito a partir de duas teses: primeira, que o direito é um sistema de normas, e, segunda, que o fundamento desse sistema de normas é uma norma (para evitar a questão filosófica fundamental de uma falácia naturalista e do regresso ao infinito). A segunda tese é desempenhada pela norma fundamental (Kelsen), ou pela regra de reconhecimento (Hart). Entretanto, essas normas que são o ponto de partida são apenas interpretadas como tal, mas não são elas próprias normas. Elas são apenas uma descrição de um certo procedimento de compreensão envolto com uma terminologia normativa. Uma norma não pode ser absolutamente vazia de qualquer conteúdo. Sua vacuidade e, por conseguinte, sua inadequação enquanto normas transparecem no fato de que elas não geram nenhum tipo de obrigação. É por isso que ambos os filósofos podem afirmar acerca de normas iníquas que não há nenhum dever de cumpri-las, pois, na verdade, não há dever algum de cumprir norma alguma do sistema. Há apenas a capacidade de um sistema normativo de se colocar como efetivo através da coação segundo certos padrões expressos em regras.

Segundo Hart, a função de uma teoria do direito seria a de explicar e descrever, não a de justificar. Para isso, o que deve ser evitado é uma perspectiva teleológica da natureza e do homem, o que seria uma característica pré-científica. Entretanto, a crítica à teleologia é feita com base na assunção de que toda perspectiva teleológica é necessariamente dogmática, a qual estabelece fins bons à natureza enquanto tal. A ciência e a filosofia moderna de fato se caracterizam pela rejeição dessa perspectiva hipostasiadora de fins à natureza. Entretanto, a perspectiva teleológica contextualizada é ainda extremamente relevante, seja para as ciências naturais biológicas (como é o caso, por exemplo, das relações entre os

órgãos de um ser vivo), mas especialmente para a compreensão do agir humano que é intrinsecamente intencional. Assim, se, por um lado, Kelsen e Hart querem evitar o que eles entendem ser um pensamento metafísico e absolutista sob a roupagem de um perfeccionismo da natureza, por outro lado, eles confundem isso com as exigências e possibilidades estabelecidas por uma perspectiva contextualista, coerentista e objetiva de uma reflexão teleológica.

Finalmente, outro ponto de crítica a Hart se refere a sua recusa de que um conceito mais estrito de direito válido teria alguma implicação para “um amadurecimento da resistência ao mal diante das ameaças do poder organizado, ou a uma percepção mais clara do que está moralmente em jogo quando a obediência é exigida” (HART, 2012, 271). Em primeiro lugar, Hart está aqui subestimando o poder ideológico e legitimador que uma teoria acerca do direito possui como um momento ideológico de justificação do estado e do seu aparato coercitivo, simplesmente por chamar algo de direito. Em segundo lugar, se uma teoria do direito não for capaz de apresentar um conjunto de princípios normativos que definem o que pode ser aceito como direito, então tal teoria do direito teria uma função menor do que a desempenhada pela lógica geral, que também está preocupada apenas com a forma, uma vez que não pode definir os critérios para avaliar o valor de verdade das proposições, mas ainda assim, pode estabelecer critérios sobre a validade das inferências. Com base nas condições de validade das inferências, uma série de raciocínios que ocorrem de fato (e podem ser descritos e encontrados em grande número de ocasiões) não são considerados legítimos (não são normativos, nem em sentido formal, ou seja, de ao se aceitar a verdade das premissas, deve-se impreterivelmente concordar com as conclusões). Ora, para Hart, assim como para Kelsen, todo sistema de normas globalmente eficaz é direito, ou seja, já estaria de acordo com as regras definidas por uma teoria do direito. Uma teoria do direito que aceita tudo como direito pode ser uma boa teoria descritiva, mas não capta a normatividade. *Mutatis mutandis*, uma teoria nesses termos seria o equivalente de uma teoria psicológica que considera a falta de atenção como a principal causa pela qual cometemos erros de raciocínio, mas isso não oferece nenhuma explicação acerca da validade daquilo que é considerado como erro ou acerto.

Para que uma teoria capte a normatividade, ela precisa levar a perspectiva interna das normas a um outro patamar de reflexão. Ela precisa radicalizar o ponto de vista do *insider* e, para fazer isso, é necessário que o teórico do direito saia da posição de alguém que quer simplesmente descrever, de um observador que olha de dentro, para se colocar na posição de um possível agente a quem aquelas normas poderiam se referir. Esse

agente possível não precisa avaliar a justiça ou injustiça das normas, pois para isso ele precisaria de um critério normativo moral robusto. Mas ele pode avaliar aquilo que um agente humano poderia aceitar como regra, ou seja, a validade daquelas regras enquanto regras que se caracterizam e tem o objetivo de organizar a sua conduta social. É nesse sentido que a normatividade somente é captada por uma *aceitação modal* da regra, e não pela aceitação fática. Considerado de modo fático, eu posso aceitar que "2+2=5", mas modalmente considerado, isso seria inaceitável, injustificável, incompreensível, ainda que eu *de fato* tenha feito essa conta.

Caso uma teoria do direito tenha a pretensão de ser algo realmente distinto de uma sociologia do direito com um caráter estruturalista, então é preciso levar a outro patamar a diferença entre os campos normativos e descritivos, ou entre natureza e liberdade (para se utilizar de uma terminologia kantiana).

### **Considerações finais: vantagens teóricas do positivismo crítico Kantiano**

Da mesma forma que é relevante distinguir uma conclusão verdadeira de uma conclusão válida, é importante distinguir um direito válido de um direito justo. Entretanto, a validade também constitui um critério normativo próprio que se expressa por uma perspectiva modal que exclui e é distinta da mera perspectiva fática e descritiva.

Não é preciso assumir um conceito moral substantivo ou ainda fazer convergir conceitualmente leis válidas e leis justas para que se possa ter um critério normativo que seja capaz de distinguir um estado jurídico de um estado bárbaro. Se se utiliza de um conceito de estado fundado em uma teleologia adequada com aquilo que se entende ser um agente e sua relação com um ordenamento social de diferentes agentes, então se tem um conceito formal, independente ainda de um conceito substantivo de justiça, que permite estabelecer critérios normativos acerca da natureza do direito. De modo similar, é necessário ter um conceito de funcionamento do corpo humano para que se possa distinguir entre um órgão e um tumor. Ambos existem e surgem em um organismo, mas, do ponto de vista da sua função orgânica e vital, é possível distinguir um conjunto de células que são um órgão de um outro conjunto que é apenas um tumor. Enquanto existência, ambos existem, de uma maneira mais ou menos complexa, as células de ambas se reproduzem, etc. É apenas quando se toma o critério teleológico da manutenção da vida e de uma perspectiva funcionalista do corpo que se pode separar o que simplesmente é, daquilo que é característico e constitutivo de um corpo. Da mesma forma, também é possível alcançar

um conceito teleológico funcionalista da relação entre estado, direito e indivíduo.

Assim, não é preciso nem uma moral absoluta, nem uma teleologia hipostasiante para que se possa falar da função do direito de um ponto de vista objetivo segundo uma compreensão civilizada do que é um agente e o que caracteriza a ação humana. Para Kelsen e Hart, a aceitação de um grupo de indivíduos a um sistema normativo é sempre entendida como uma perspectiva fática, seja efetiva, seja potencial, isto é, ou daquele grupo que já aceitou as regras, ou daqueles que ainda poderiam aceitar. Já do ponto de vista de Kant, a aceitação tem um caráter modal, ou seja, a passagem da eficácia para a validade precisa satisfazer a aceitação de critérios que qualquer agente que se coloque reflexivamente sobre a situação de viver sob normas que regulem a convivência social pudesse aceitar. Da perspectiva modal, há critérios intrinsecamente normativos que qualificam a regra. São esses elementos qualificativos que permitem abarcar a normatividade de um ponto de vista da justificação para os potenciais envolvidos. Para isso não é preciso já aceitar uma perspectiva objetiva acerca da moral. Mesmo se assumíssemos uma perspectiva moral pluralista e relativista, poderíamos aceitar os critérios normativos formais do direito positivo tal como proposto por Kant, desde que seja uma moral relativista que se aceite como tal e que reconheça elementos básicos da ação humana e do caráter do arbítrio como faculdade de fazer e deixar de fazer.

Se retornamos agora à questão do direito nazista como elemento comparativo entre as teorias positivistas jurídicas de Kelsen, Hart e Kant pode-se dizer que o positivismo normativo de Kant seria capaz de desqualificar o estado nazista como um estado jurídico, pois ele não era nada mais do que estado bárbaro no qual não vigorava lei. A lei não vigorava, *entre outras razões*, porque: 1. muitas medidas tomadas durante o estado nazista foram baseadas em normas ou regras que não tiveram publicidade; 2. todo o conjunto de medidas tomadas contra os judeus e outras minorias foi feito com base em características físicas ou crenças religiosas, isto é, pretendiam regular a sociedade, mas não o comportamento humano, e estavam punindo indivíduos com base em atributos que não podem ser objeto de regulação do arbítrio.

Quanto à posição de Hart sobre o irrelevante ganho teórico acerca do estabelecimento de uma concepção mais restrita de validade jurídica, pode-se dizer o seguinte: por um lado, esse positivismo crítico kantiano mantém uma separação entre direito justo e direito válido. Essa distinção é importante exatamente porque apresenta de modo claro uma teoria do direito como independente de uma concepção moral substantiva. Dessa forma, mantém-se uma das conquistas do positivismo que é a capacidade

de tematizar o direito na sua forma essencial, ao mesmo tempo em que se tem uma categoria externa para avaliar a justiça ou a moralidade da lei. Evita-se, dessa forma, a confusão entre a validade e a justiça. Por outro lado, ao possuir um critério normativo formal, é possível captar a normatividade do direito naquilo que lhe é intrínseco, enquanto uma teoria do direito. Sem isso, a teoria do direito perde completamente a sua capacidade crítica e normativa, tornando-se uma mera descrição taxonômica da organização social da força, não apresentando um ganho teórico relevante se comparada com a perspectiva que já é desenvolvida e adotada pela sociologia ou história do direito. Com isso, não apenas não se capta a normatividade, como também se naturaliza o direito como uma forma de dominação ideológica. Finalmente, perde-se também o papel do influxo teórico da teoria do direito na produção refletida sobre novos sistemas jurídicos ou no desenvolvimento dos sistemas jurídicos já existentes, isto é, no desenvolvimento consciente e refletido dos sistemas jurídicos a partir do procedimento da legislação e das decisões judiciais tendo como parâmetro o papel e os limites do que pode ser o direito.

Com relação ao papel que um positivismo crítico normativo poderia desempenhar no contexto de uma situação como aquela posta pelo nazismo, pode-se fazer algumas considerações. Em primeiro lugar, os funcionários do direito, uma vez esclarecidos sobre o que seria o direito segundo essa teoria crítica do direito, poderiam ainda assim colaborar com o regime nazista, mas não poderiam alegar publicamente de modo legítimo que estavam cumprindo o direito ao seguir as ordens do Führer. Em segundo lugar, uma vez superada a experiência nazista, a sociedade poderia realizar o julgamento daqueles que colaboraram com a barbárie sem precisar apelar para a uma lei retroativa (que conflita com o princípio normativo do direito *nula poena sine lege*) ou mesmo para um conceito de direito natural (até porque, como é sabido, os juristas nazistas alegavam a necessidade de desrespeitar a lei escrita exatamente para fazer valer a justiça natural do povo<sup>31</sup>). Seria possível julgá-los com base no princípio jurídico de terem violado a própria natureza do direito, de terem atentado contra o estado jurídico. Em terceiro lugar, trata-se de uma teoria do direito que é condizente com uma perspectiva de um pluralismo razoável acerca de diferentes concepções de bem, de modo que ela apresenta uma justificação do direito não apenas para os funcionários do direito ou para aqueles que já possuem uma lealdade para com o referido sistema jurídico, mas apresenta uma justificativa para todos aqueles que estão submetidos àquele sistema jurídico.

A partir do que foi argumentado e apresentado, um conjunto de questões, críticas e ambiguidades ainda permanecem. Por isso, esse artigo

se apresenta também como uma proposta programática de investigação futura.

## Notas

<sup>1</sup> Professor de Filosofia Moderna, Ética e Filosofia Política na Universidade Federal do Paraná (UFPR), atuando na graduação e pós-graduação. Também atua como membro permanente na pós-graduação do Curso de Filosofia da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Fez pós-doutorado na Ludwig-Maximilians-Universität München com bolsa da Alexander von Humboldt Foundation para pesquisador experiente. Editor da *Studia Kantiana* (revista da Sociedade Kant Brasileira desde 08/2015, qualis A2) e da revista *Dois Pontos* (desde 08/2020, qualis A2). Membro da Diretoria da Sociedade Kant Brasileira (Gestão 2014-2018; 2018-2022; 2023-2026). Membro de sustentação do GT Kant da ANPOF. Membro associado do Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa. Bolsista produtividade CNPq desde 2016. Ex-bolsista CAPES e DAAD. O presente trabalho foi realizado em parte com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

<sup>2</sup> Cf. "Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. Não há qualquer conduta humana que, como tal por força do seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica. A validade desta não pode ser negada pelo fato de o seu conteúdo contrariar o de uma outra norma que não pertença à ordem jurídica cuja norma fundamental é o fundamento de validade da norma em questão" (Kelsen 2000, 221). Segundo Alexy: "All positivistic theories defend the *separation thesis*, which says that the concept of Law is to be defined such that no moral elements are included. The separation thesis presupposes that there is no conceptually necessary connection between law and morality" (ALEXY, 2002, 3).

<sup>3</sup> Segundo Gardner, a fórmula que expressaria o positivismo legal seria "In any legal system, whether a given norm is legally valid, and hence whether it forms part of the law of that system, depends on its sources, not its merits" (GARDNER, 2012, 45).

<sup>4</sup> Cf. KELSEN, 2017. Também Bobbio (1995, 139f.), Höffe (1995, 72), Byrd/Hruschka (2010, 35f.) interpretam a filosofia do direito de Kant dessa forma.

<sup>5</sup> Todas as obras de Kant são citadas segundo as normas da Akademie Ausgabe.

<sup>6</sup> A posição de que a filosofia do direito de Kant comporta um positivismo jurídico já havia sido defendida por Hopton (1982), o qual aproxima a posição de Kant daquela defendida por Austin. Ainda que Maus (2018, 241ff.) não utilize essa categorização, ela parece defender uma interpretação semelhante com relação a Kant.

<sup>7</sup> Bobbio (1996, 229) utiliza a nomenclatura de positivismo jurídico ético, a qual possui uma variante extremista (a qual é muito mais uma caricatura retratada pelo moralismo jurídico) e uma variante moderada.

<sup>8</sup> Ver também Waldrom (1999). Uma das objeções mais comuns do positivismo ao não positivismo se refere a indeterminação cognitiva da moral, cf. KELSEN, 2017; HART, 1994, 164; e RAZ, 2010, 326.

<sup>9</sup> As principais fontes desse tipo de positivismo se encontram em Hobbes e Bentham, mas também em Kelsen. O positivismo normativo se distingue do positivismo descritivo elaborado no século XX por filósofos analíticos vinculados à tradição anglo-saxônica. Esse positivismo tem como premissa a tese de que seria possível fazer simplesmente uma análise da lei, ou seja, uma descrição das suas implicações e pressupostos sem qualquer comprometimento com uma posição normativa que a suporte. Waldrom (2002, 352) critica duramente essa vertente por ela possuir uma visão cíclica do próprio significado do positivismo, isto é, por não reconhecer sua filiação histórica e não compreender a vinculação intrínseca existente entre direito e a política. Curiosamente, esse positivismo descritivo desenvolvido por Hart, Raz e Gardner garante ao judiciário um maior espaço e protagonismo político e legal, no sentido não apenas de um grande espaço para interpretação da lei, como também para criação de lei (Dyzenhaus (2004) mostra como ocorre essa mudança na tradição positivista).

<sup>10</sup> Segundo Alexy essa posição também é encontrada em Aquino: "non lex sed legis corruption (Aquino, Summa Theologiae. I-II, q. 95, r. 4n. d.); "lex tyrannica [. . .] non est simpliciter lex (Aquino, Summa Theologiae. I-II, q. 92 art. 1, 4). Vale apontar que Höffe (1995, 75) defende uma outra interpretação de Aquino e Agostinho, segundo a qual esses filósofos não defenderiam que uma lei injusta deixaria de ser lei, no sentido que ela perdesse sua validade.

<sup>11</sup> Alexy ainda atribui essa posição a Kant, na medida em que no final do seu artigo de 2019 afirma que haveriam três elementos que permeiam toda a obra de Kant. O primeiro seria a dimensão ideal normativa do direito a priori, o segundo seria o critério do direito inato a liberdade e o conceito de vontade geral, enquanto o terceiro seria a perspectiva teleológica de uma contínua aproximação de uma república perfeita (2019, 508ff.).

<sup>12</sup> A fórmula de Radbruch estabelece que "The positive law, secured by legislation and power, takes precedence even when its content is unjust and fails to benefit the people, unless the conflict between statute and justice reaches such an intolerable degree that the statute, as 'flawed law', must yield to justice" (RADBRUCH, 2006, 07).

<sup>13</sup> Essa interpretação também vai buscar apoio na leitura de Ripstein, segundo o qual a lei nazista não pode ser considerada lei, pois não estaríamos mais vivendo em um estado, ainda que despótico, mas sim em um estado bárbaro, onde não existe lei, apenas a força. (RIPSTEIN, 2009, 348).

<sup>14</sup> Stone afirma que Kant poderia concordar com aqueles que defendem uma espécie de "modest legal positivism" (STONE, 2017, 178). Bird/Hruschka (2010, 35f.), falam, por exemplo, de fortes elementos positivistas presentes na filosofia de Kant.

<sup>15</sup> Segundo a classificação de Bobbio acerca dos critérios do positivismo, esse aspecto equivaleria ao critério da teoria da obediência. Segundo ele, “sobre esse ponto não se pode fazer generalizações fáceis. Contudo, há um conjunto de posições no âmbito do positivismo jurídico que encabeça a *teoria da obediência absoluta da lei enquanto tal*, teoria sintetizada no aforismo *Gesetz is Gesetz*” (BOBBIO, 1995, 133).

<sup>16</sup> A reconstrução do argumento feita por Waldron possui os seguintes passos: 1. Mesmo que os indivíduos possuam consciência da lei moral, no momento de sua aplicação podem haver diferentes aspectos concernentes ao contexto empírico que fazem com que seja impossível chegar a uma solução clara e definitiva entre as partes, por conseguinte, mesmo que os homens fossem morais, haveria um desacordo sobre como solucionar questões específicas em contextos específicos (cf. WALDRON, 1996, 1548s); 2. No estado de natureza, devido a urgência e a importância do que está em questão, como a sobrevivência, o desacordo leva ao estado de guerra de todos contra todos, ou seja, a situação em que as partes individualmente usam da força para fazer valer a sua interpretação sobre como aplicar o princípio de justiça em uma situação específica (cf. WALDRON, 1996, 1553s); 3. A situação de conflito no estado de natureza é um estado de calamidade e deve ser superado, ou seja, há um dever de cada um de sair de tal estado e um direito de um indivíduo obrigar o outro a entrar com ele numa situação legal (cf. WALDRON, 1996, 1562s). Dessa forma, uma vez que o estado seja criado, somente então fica estabelecido publicamente o que é o direito, pois o direito provisório no estado de natureza era problemático não apenas quanto a questão da sua garantia, mas também quanto ao seu próprio significado e conteúdo. No estado civil o direito é direito mesmo se contrariar o conceito de justiça de alguns. Aquilo que valia no estado de natureza (ainda que pensado em um sentido lógico-ideal) não passava, no seu sentido mais generoso, de uma “idea of some individual’s best effort to figure out – unilaterally – what he is entitled to.” (WALDRON, 1996, 1565s) 4. O legislador no estado civil não tem uma obrigação de respeitar o que cada indivíduo pensava que era o seu no estado de natureza, senão o estado civil padeceria dos mesmos problemas de indeterminabilidade e, por sua vez, do uso unilateral da força característicos do estado de natureza. 5. Em suma, o direito que existe no estado civil é direito independentemente de se os indivíduos o consideram justo, porém a própria pacificação da forma de resolver os conflitos já implica em si um aspecto político moral.

<sup>17</sup> Alexy (2002, 116) considera essa formulação como o equivalente Kantiano da regra fundamental de Kelsen, com a diferença de que a regra fundamental de Kelsen é uma pressuposição epistemológica, enquanto a regra de Kant carrega a normatividade de uma lei natural, de uma regra a priori oriunda da razão prática pura.

<sup>18</sup> Esse tópico aborda dois dos critérios nomeados por Bobbio, primeiro a formalidade da lei, e segundo o critério de que o direito é definido pelo seu elemento de coação: “o juspositivismo define o direito em função do elemento de coação, de onde deriva a teoria da coatividade do direito” (BOBBIO, 1995, 131).



<sup>19</sup> Uma interpretação semelhante dessa passagem é aventada por Villey: “Kant definiu estritamente os limites da ciência do direito: estudo das leis exteriores gerais, iguais para todos, acompanhadas da sanção do Estado; (...) O jurista (...) se sujeita a observação de textos que – e apenas eles – ditam as soluções: só contará para ele a letra das regras de direito positivas (...). E é então que se abre a era (desde 1804 na França, mais tarde na Alemanha) do *positivismo legalista*”. (VILLEY, 1976, 145)

<sup>20</sup> O desenvolvimento de todos os detalhes dessa interpretação requer um artigo próprio.

<sup>21</sup> Nesse sentido, pode-se inserir a definição de Arendt (1976) dos estados totalitários que se definem pelo conceito de transformarem certo grupo de indivíduos em inimigos objetivos, isto é, indivíduos são punidos não por terem feito algo contrário a lei, mas simplesmente por pertencerem a determinado grupo étnico.

<sup>22</sup> Cf. “Os filhos, no entanto, são sempre livres (mesmo os de alguém que se tornou escravo por um crime seu)” (MS, AA 06:283).

<sup>23</sup> É importante notar que por mais que Kant valorize e acentue a importância da justiça e da liberdade como critérios avaliativos das leis positivas, existe ainda algo anterior que é *ainda mais importante*, algo que possui prioridade lexical: a existência da ordem estabelecida pela lei. Exatamente por isso que Kant rejeita todo e qualquer direito de revolução, mesmo em se tratando de uma constituição injusta (Cf. MS, AA 06: 320). Para Kant, a ordem e segurança jurídica estabelecidas mesmo por leis injustas são mais importantes do que se aventurar por meios arriscados para tornar as leis justas. Essa é uma das razões pelas quais Kant rejeita a legitimidade do poder judiciário ou dos juízes em “corrigir” as leis que eles julgam moralmente equivocadas. Isso ficará patente no próximo tópico.

<sup>24</sup> Entretanto, essa exigência de correção não desqualifica o positivismo legal kantiano enquanto tal, pois se refere ao âmbito político e não interno ao direito positivo (cf. KLEIN, 2021).

<sup>25</sup> Quanto a igualdade surge um claro exemplo. Da perspectiva legal, um estado aristocrático com nobreza hereditária ainda seria um estado de direito, ainda que injusto (cf. MS, AA 06:329). Ou seja, a igualdade é um critério formal-*moral* do direito justo e não um critério lógico-formal ou lógico-prático do conceito de lei e estado de direito.

<sup>26</sup> Segundo Kelsen, a ciência do direito simplesmente descreve um ordenamento jurídico vigente, por isso ela deve ser avaliativa. O cientista não pode valorar ou utilizar seus próprios valores morais ou políticos para avaliar o ordenamento em questão. Já o direito não é avaliativo, visto que pelo próprio processo de elaboração do direito, entram na feitura das leis os valores adotados por determinada comunidade ou grupo em certo momento histórico. Mais sobre essa distinção ver CONSANI, 2016.

<sup>27</sup> O famoso caso Eichmann (oficial nazista responsável pelo transporte dos judeus para o campo de concentração, o qual alegou em seu julgamento ser inocente, visto estar apenas seguindo ordens) foi profundamente estudado por Arendt (1999).

<sup>28</sup> O neokantismo foi uma volta a Kant, mas uma volta condicionada à perspectiva da *Crítica da Razão Pura*, e um esquecimento da *Crítica da Razão Prática* e do desenvolvimento da filosofia prática.

<sup>29</sup> Sobre o conceito de pluralismo razoável ver Rawls (2011). Também Habermas (2021) em *Facticidade e Validade* aponta para uma distinção entre a mera legalidade e a legitimidade.

<sup>30</sup> Agostinho, Confissões IV. Cf. HART, 2012, 202.

<sup>31</sup> Cf. "In der rechtswissenschaftlichen Literatur der NS-Zeit heisst es denn auch lapidar – und wiederum sehr vertraut: Der 'königliche Richter [...] im Volke Adolf Hitlers muss heraus aus der Buchstabensklaverei des positivistischen Rechtes'. Auch die Richterbriefe mahnen die anvisierte Richterelite, 'sich nicht sklavisch der Krücken des Gesetzes' zu bedienen, sie befinden freilich auch, der so herausgehobene Richter sei der 'unmittelbare Gehilfte der Staatsführung'. In der Tat wir hier der logische Zusammenhang zwischen Gesetzesbindung und Unabhängigkeit der Justiz gerade in seiner völligen Zerstörung verdeutlicht. Erst eine Justiz, die die Legitimation ihrer Entscheidungen nicht mehr aus stehendem Gesetzesrecht ableiten kann, wird von situativen politischen Bedürfnissen schlechterdings abhängig und degeneriert zum Anhängsel der Verwaltungsapparate. Dieser Vorgang ist über eine problematische Moralisierung der Rechtsbegriffe gesteuert worden. So fällt auch 1942 während der schlimmsten Perversion deutscher Justiz der schöne Satz: 'Der Richter ist die Verkörperung des lebendigen Gewissens der Nation'" (MAUS, 2018, 38).

## Referências

ALEXY, R. *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*. Oxford, 2002.

ALEXY, R. On the Concept and the Nature of Law. *Ratio Juris*, 21 (3), 2008, 281-99.

ALEXY, R. The Dual Nature of Law. *Ratio Juris*, 23 (2), 2010, 167-82.

ALEXY, R. Kant's Non-Positivist Concept of Law. *Kantian Review* 24 (4), 2019, 497-512.

ARENDDT, H. *The origins of totalitarianism*. Houghton, Mifflin, Harcourt, 1976.

ARENDDT, H. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

AUGUSTINUS. *De libero arbítrio*. Die freie Wille. Trans. and ed. Johannes Brachtendorf. Paderborn, Schöningh, 2006.

BOBBIO, N. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

CONSANI, C. F. Kelsen leitor de Kant: considerações a respeito da relação entre direito e moral e seus reflexos na política. In: *Princípios*, v. 23, 2016, 125-170.

DYZENHAUS, D. The Genealogy of Legal Positivism. In: *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 24, No. 1, 2004, 39-67.

GARDNER, J. Legal Positivism: 51/2 Myths'. In: *Law as a leap of faith: Essays on law in general*. 2012, 44-97.

HABERMAS, J. *Facticidade e Validade*. São Paulo: Edunesp, 2021.

HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 2. ed., Oxford: Clarendon Press, 1994.

HIRSCHL, R. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Harvard University Press, 2009.

HOBBS, T. *Leviathan* (1651). Penguin, 1985.

HÖFFE, O. *Political Justice: Foundations for a critical philosophy of law and the state*. Polity, 1995.

HOPTON, T. Kant's two theories of law. In: *History of Political Thought*, v.3 n.1, 51-76, 1982.

BYRD, B. S.; HRUSCHKA, J. *Kant's Doctrine of Right. A commentary*. Cambridge University Press, 2010.

KANT, I. *Gesammelte Schriften*. Hrsg.: Bd. 1-22 Preussische Akademie der Wissenschaften, Bd. 23 Deutsche Akademie der Wissenschaften zu Berlin, ab Bd. 24 Akademie der Wissenschaften zu Göttingen. Berlin. 1900ff.

- KANT, I. *Cambridge Works of Immanuel Kant*. Cambridge. 1992ff.
- KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. Martins Fontes, 2000.
- KELSEN, H. *Das Problem der Gerechtigkeit* (1960). In: KELSEN, H. *Reine Rechtslehre*. Mohr Siebeck, 2017.
- KERSTING, W. Politics, Freedom, and Order: Kant's Political Philosophy. In: GUYER, P. (org.). *The Cambridge companion to Kant*, 1992. 342-366.
- KLEIN, T. J. Kant on Legal Positivism and the Juridical State. In: *Kant Yearbook*, v. 13, 2021, 73-105.
- MAUS, I. *Justiz als gesellschaftliches Über-Ich*. Zur Position der Rechtsprechung in der Demokratie. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2018.
- RADBRUCH, G. 'Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946)'. Trans. Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson. In: *Oxford Journal of Legal Studies*, 26(1), 2006, 1-15.
- RAWLS, J. *Liberalismo Político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- RAZ, J. Human Rights without Foundations. In: BESSON, S; TASIIOULAS, J. (eds.). *The Philosophy of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010. 321-338.
- RIPSTEIN, A. *Force and Freedom. Kant's Legal and Political Philosophy*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009.
- STONE, M. J. Kant's Apparent Positivism. In: KISILEVSKY, S.; STONE, M. J. (eds). *Freedom and Force: Essays on Kant's Legal Philosophy*. Oxford: Hart Publishing, 2017. 165-80.
- VILLEY, M. La Rechtlehre de Kant dans l'histoire de la science juridique. In: *Critique de la pensée juridique moderne*. Paris: Dalloz, 1976.
- WALDRON, J. Kant's legal positivism. In: *Harvard Law Review*, v.109, n.7, 1996, 1535-1566.
- WALDRON, J. Can There Be a Democratic Jurisprudence. In: *Emory Law Journal*, v. 58, 2008, 675-712.
- WALDRON, J. Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, J. (org.). *Hart's Postscript. Essays on the Postscript of 'The Concept of Law'*. Oxford: Oxford University Press, 2001, 410-433.

WALDRON, J. The Core of the Case Against Judicial Review. In: *The Yale Law Journal*, 115, 2006, 1346-1406.

WALDRON, J. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

WALDRON, J. Legal and Political Philosophy. In: COLEMAN, J.; SHAPIRO, S. (eds.). *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2002, 353-380.

*Received/Recebido: 23/11/2022*

*Approved/Aprovado: 27/12/2022*