

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA**

**Charles Andrade Froehlich**

**A DIFERENCIAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL NA TRADIÇÃO  
DO POSITIVISMO JURÍDICO**

**Santa Maria, RS  
2017**

**Charles Andrade Froehlich**

**A DIFERENCIAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL NA TRADIÇÃO DO  
POSITIVISMO JURÍDICO**

Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Filosofia, área de concentração Filosofia Teórica e Prática, Linha de Pesquisa Ética Normativa e Metaética da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do grau de **Doutor em Filosofia**.

Orientador: Prof. Dr. Frank Thomas Sautter

**Santa Maria, RS  
2017**

Ficha catalográfica elaborada através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Central da UFSM, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Andrade Froehlich, Charles  
A DIFERENCIAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL NA TRADIÇÃO DO  
POSITIVISMO JURÍDICO / Charles Andrade Froehlich.- 2017.  
163 p.; 30 cm

Orientador: Frank Thomas Sautter  
Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa  
Maria, Centro de Ciências Sociais e Humanas, Programa de  
Pós-Graduação em Filosofia, RS, 2017

1. Direito 2. Moral 3. Positivismo Jurídico 4.  
Positivismo Jurídico Inclusivo x Positivismo Jurídico  
Exclusivo 5. Positivismo Jurídico Normativo I. Thomas  
Sautter, Frank II. Título.

**Charles Andrade Froehlich**

**A DIFERENCIAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL NA TRADIÇÃO DO  
POSITIVISMO JURÍDICO**

Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Filosofia, área de concentração Filosofia Teórica e Prática, Linha de Pesquisa Ética Normativa e Metaética da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do grau de **Doutor em Filosofia**.

**Aprovada em 7 de abril de 2017:**

---

Prof. Dr. Frank Thomas Sautter (UFSM)  
(Presidente/Orientador)

---

Prof. Dr. Renato Duarte Fonseca (UFSM)

---

Prof. Dr. Ronai Pires da Rocha (UFSM)

---

Prof. Dr. Clodoveo Ghidolin (FADISMA)

---

Prof. Dr. Noel Struchiner (PUC-RJ)

---

Prof. Dr. Flavio Williges (Suplente – UFSM)

---

Prof. Dr. Jair Krassuski (Suplente – UFSM)

**Santa Maria, RS, Brasil**  
**2017**

*Aos meus amores maiores, Allana e Charles Augusto, que me fazem ver, na  
dureza dos dias, o lado bom da vida.*

## AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Darcy e Teresa, por, em todos os momentos de minha vida, terem me incentivado ao estudo, ao trabalho e à leitura. No mesmo sentido, para minha vó Nedir, pelos primeiros anos de estudo.

Ao meu orientador, Professor Frank Thomas Sautter, um exemplo de orientador, prevendo reuniões periódicas, corrigindo textos, colocando-me questões surpreendentes e sempre me fazendo refletir muito além do meu pobre texto. Professor Frank, se cheguei até aqui, foi, em grande parte, por sua orientação eficaz, séria e segura.

Aos Professores do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da UFSM que fizeram parte da minha banca de qualificação: Professores Flavio Williges, Renato Duarte Fonseca, Ronai Pires da Rocha, sou muito grato por todas as críticas, sugestões e reflexões sobre o trabalho que foram valiosas para os rumos que foram tomados a seguir.

Ao Professor Noel Struchiner, que também fez parte da banca de qualificação, fazendo uma leitura crítica séria do trabalho e me indicando textos e possibilidades a seguir, inclusive por e-mail, meu agradecimento especial.

Ao amigo dos tempos de estudante, Professor Flavio Williges, que desde os tempos de UNISC me incentiva a fazer doutorado e, posteriormente, continuou insistindo neste projeto.

Aos meus amigos professores de Santa Maria: Marcio de Sousa Bernardes e Maria Beatriz Oliveira da Silva (Bia), pela amizade, pela força, pelas discussões, jantãs e bebidas, pelas chaves dos apartamentos nos momentos de necessidade.

Aos meus amigos professores de Santa Cruz do Sul: Edison Botelho, Elia Hammes, Leonardo Fetter e Veridiana Rehbein, por me ajudarem nas ausências, nas correrias, nas necessidades da vida de professor, estudante e pai de família.

Aos meus amigos professores, gostaria de lembrar uma passagem de Galeano:

Celebração da Amizade/1

Nos subúrbios de Havana, chamam o amigo de *minha terra* ou *meu sangue*.

Em Caracas, o amigo é *minha pada* ou *minha chave*: *pada*, por causa de padaria, a fonte do bom pão para as fomes da alma; e *chave* por causa de...

- *Chave*, por causa de *chave* - me diz Mário Benedetti.

E me conta que quando morava em Buenos Aires, nos tempos do horror, ele usava cinco chaves alheias em seu chaveiro: cinco chaves, de cinco casas, de cinco amigos: as chaves que o salvaram. (Eduardo Galeano, em *O livro dos abraços*).

Aos gestores do Departamento de Filosofia e aos acadêmicos do Laboratório de Informática, pela cortesia de impressões de grande parte dos artigos e capítulos de livros usados nesta tese.

A todos os colegas e funcionários da UFSM (não citados expressamente, porque são muitos) que me ajudaram nas aulas, nas matrículas e até mesmo nos cafezinhos do dia-a-dia.

Foram anos duros, na vida pública e na particular. Em vários momentos, senti-me dentro de uma tempestade, com uma chuva dura caindo na minha cabeça e esta música me vinha, inevitável. É uma poesia bela e grande, mas apenas trago o final, como epígrafe:

“Oh, what’ll you do now, my blue-eyed son?  
Oh, what’ll you do now, my darling young one?  
I’m a-goin’ back out ’fore the rain starts a-fallin’  
I’ll walk to the depths of the deepest black forest  
Where the people are many and their hands are all empty  
Where the pellets of poison are flooding their waters  
Where the home in the valley meets the damp dirty prison  
Where the executioner’s face is always well hidden  
Where hunger is ugly, where souls are forgotten  
Where black is the color, where none is the number  
And I’ll tell it and think it and speak it and breathe it  
And reflect it from the mountain so all souls can see it  
Then I’ll stand on the ocean until I start sinkin’  
But I’ll know my song well before I start singin’  
And it’s a hard, it’s a hard, it’s a hard, it’s a hard  
It’s a hard rain’s a-gonna fall.”

(**A Hard Rain’s A-Gonna Fall**, Robert Allen Zimmerman, 1963)

## RESUMO

### A DIFERENCIAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL NA TRADIÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO

AUTOR: Charles Andrade Froehlich  
ORIENTADOR: Prof. Dr. Frank Thomas Sautter

A presente tese pretende defender, principalmente, a possibilidade de diferenciação entre direito e moral proposta pela tradição do positivismo jurídico. Neste caminho, defenderemos o que se chama, hoje, “positivismo jurídico exclusivo”. Em um segundo momento, será agregado o viés “normativo” a este positivismo. Para os positivistas jurídicos contemporâneos, é certo que a tese da separação não quer dizer que o direito não tenha conexões, necessárias ou não, com a moralidade. O que os positivistas jurídicos contemporâneos afirmam é que a existência e a validade do direito não podem depender de critérios morais. A existência e a validade do direito dependem somente de fatos sociais. O que nos leva à questão das fontes do direito. Afirmaremos, portanto, que a tese que conjuga ou nomina o positivismo jurídico é a tese das fontes sociais do direito. A tese de separação é, no máximo, uma subtese do positivismo jurídico. O primeiro capítulo trata da “Evolução do Positivismo Jurídico”, buscando traçar um percurso histórico do debate entre direito e moral e a caracterização e mudanças das duas principais escolas de pensamento jurídico: o jusnaturalismo e o positivismo jurídico. Assim, começamos com a referência à cultura grega e chegamos ao debate atual entre inclusivistas e exclusivistas. O segundo capítulo aprofunda o primeiro em alguns aspectos. Trata, especificamente, dos “Desafios do Positivismo Jurídico”, ou seja, dos argumentos do seu principal opositor – Ronald Dworkin – bem como os contra-argumentos e a renovação do positivismo jurídico nas novas correntes que se estabeleceram: positivismo jurídico exclusivo, positivismo jurídico inclusivo e positivismo jurídico (exclusivo) normativo. O terceiro capítulo é o mais amplo e aborda “As relações entre direito e moral” tanto da perspectiva analítica como da normativa. Busca desde as influências dos primeiros utilitaristas no positivismo jurídico, passando pela importância da distinção entre moral positiva e moral crítica e finalizando com a re colocação da problema da separação entre direito e moral no positivismo jurídico. Por fim, conforme os argumentos do positivismo jurídico exclusivo, principalmente a tese da diferença prática, optamos pela melhor formulação que consta no título desta tese: a **diferenciação** entre direito e moral a partir da tese das fontes.

Palavras-chave: Direito; Moral; Positivismo Jurídico; Positivismo Jurídico Exclusivo; Positivismo Jurídico Inclusivo; Positivismo Jurídico Normativo.

## **ABSTRACT**

### **THE DIFFERENTIATION BETWEEN LAW AND MORAL IN THE TRADITION OF LEGAL POSITIVISM**

**AUTHOR:** Charles Andrade Froehlich  
**ADVISOR:** Prof. Dr. Frank Thomas Sautter

The present thesis intends to defend, mainly, the possibility of differentiation between Law and Moral proposed by the tradition of legal positivism. In this way, we will defend what is now called “exclusive legal positivism”. In a second moment, the “normative” view will be added to this positivism. For contemporary legal positivists, it is true that the separation thesis does not mean that law does not have connections, necessary or not, to morality. What the contemporary legal positivists assert is that the existence and validity of law can not depend on moral criteria. The existence and validity of law depend only on social facts. Which brings us to the question of the sources of law. We will affirm, therefore, that the thesis that conjugates or names legal positivism is the thesis of social sources of law. The separation thesis is at best a sub-thesis of legal positivism. The first chapter deals with the “Evolution of Legal Positivism”, seeking to trace a historical course of the debate between law and morals and the characterization and changes of the two main schools of legal thinking: natural law theory and legal positivism. Thus, we begin with the reference to Greek culture and we come to the current debate between inclusivists and exclusivists. The second chapter delves deeper into the first in some ways. It deals specifically with the “Challenges of Legal Positivism”, that is, the arguments of its main opponent - Ronald Dworkin - as well as the counter-arguments and renewal of legal positivism in the new currents that have been established: exclusive legal positivism, inclusive legal positivism and (exclusive) normative legal positivism. The third chapter is the broadest and addresses “The relationship between law and morality” from both the analytical and normative perspectives. It seeks from the influences of the first utilitarians on legal positivism, going through the importance of the distinction between positive moral and critical moral and ending with the replacement of the problem of the separation of law and moral in legal positivism. Finally, according to the arguments of exclusive legal positivism, especially the practical difference thesis, we opt for the best formulation that appears in the title of this thesis: the differentiation between law and morality from the sources thesis.

**Key-words:** Law; Morals; Legal Positivism; Exclusive Legal Positivism; Inclusive Legal Positivism; Normative Positivism.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	<b>12</b>
<b>2 A EVOLUÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO</b>	<b>18</b>
2.1. AS ORIGENS CLÁSSICAS DO DEBATE ENTRE DIREITO E MORAL	18
2.2. AS ORIGENS DO POSITIVISMO JURÍDICO	23
2.3. FORMAS DE POSITIVISMO JURÍDICO	27
2.4. O POSITIVISMO JURÍDICO CLÁSSICO CONTEMPORÂNEO DE HANS KELSEN E HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART	32
2.5. SOBRE OS “FUNDAMENTOS DE UM SISTEMA JURÍDICO” EM HART E KELSEN	36
2.6. SOBRE O CONCEITO DE DIREITO, DIREITO E MORAL E AS CRÍTICAS AO POSITIVISMO NO DEBATE HART-DWORKIN	42
2.7. O NASCIMENTO DA CISÃO ENTRE POSITIVISMO JURÍDICO INCLUSIVO E O POSITIVISMO JURÍDICO EXCLUSIVO	48
2.8. O POSITIVISMO JURÍDICO E A “TESE DA FILTRAGEM DE ORIGEM”	51
<b>3 OS DESAFIOS DO POSITIVISMO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO</b>	<b>57</b>
3.1. O DESAFIO DE DWORKIN	57
3.2. A CRÍTICA DE DWORKIN AO POSITIVISMO JURÍDICO: UMA AVALIAÇÃO	63
3.3. O PROBLEMA DE DWORKIN: POSSÍVEIS CRÍTICAS	66
3.4. POSITIVISMO JURÍDICO INCLUSIVO E POSITIVISMO JURÍDICO EXCLUSIVO: A EVOLUÇÃO DE UM DEBATE	72
3.5. OS PRINCIPAIS ARGUMENTOS DO POSITIVISMO JURÍDICO EXCLUSIVO (DURO): O CARÁTER INSTITUCIONAL E AUTORITATIVO DO DIREITO, AS CONVENÇÕES CONSTITUTIVAS E A TESE DA DIFERENÇA PRÁTICA	76
3.6. O QUE HÁ DE COMUM ENTRE OS POSITIVISTAS JURÍDICOS?	84
3.7. O POSITIVISMO JURÍDICO EXCLUSIVO NORMATIVO	93
3.8. O PROBLEMA METODOLÓGICO: A QUESTÃO DA METAJURISPRUDÊNCIA	100
<b>4 AS RELAÇÕES ENTRE DIREITO E MORAL</b>	<b>103</b>
4.1. DA FILOSOFIA JURÍDICA DOS UTILITARISTAS AO POSITIVISMO JURÍDICO DE HART	103
4.2. A MORAL POSITIVA E A MORAL CRÍTICA	111
4.3. O POSITIVISMO JURÍDICO E A SEPARAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL	115
4.4. A MORAL E OS FUNDAMENTOS DO DIREITO CRIMINAL	118
4.5. DIREITO E MORAL VISTOS A PARTIR DO CARÁTER NORMATIVO: POSSÍVEIS DIFERENÇAS	123
4.6. A SEPARAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL NA FILOSOFIA POLÍTICA	129
4.7. A SEPARAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL: O POSITIVISMO JURÍDICO EXCLUSIVO NORMATIVO COMO DERIVADO DA MORAL CRÍTICA	133
4.8. QUAL MORALIDADE?	140
4.9. SUGESTÃO DE UM NOVO RÓTULO: TRANSPOSITIVISMO JURÍDICO	144
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	<b>146</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>156</b>

## 1. INTRODUÇÃO

A presente tese pretende defender, principalmente, a possibilidade de diferenciação entre direito e moral proposta pela tradição do positivismo jurídico. Neste caminho, defenderemos o que se chama, hoje, “positivismo jurídico exclusivo”. Em um segundo momento, será agregado o viés “normativo” a este positivismo. Este tipo de positivismo transita por várias terminologias, principalmente, a chamada “tese (forte) das fontes” de Joseph Raz e seus principais seguidores: Andrei Marmor e Scott Shapiro. Na perspectiva normativa, já foi anteriormente, chamado “positivismo ético” ou, ainda, “positivismo democrático” por, respectivamente, Tom Campbell e Jeremy Waldron e, posteriormente, com outras designações, por Neil Mac Cormick e Frederick Schauer.

Trata-se de um trabalho de colocação adequada de argumentos e um trabalho de sistematização, possivelmente, inédito no Brasil. “Colocação adequada de argumentos” no sentido de investigar qual o lugar real e a importância da “tese da separação” entre direito e moral para o positivismo jurídico e “sistematização” da evolução deste debate de mais de quarenta anos que envolve um número expressivo de autores, principalmente, de língua inglesa e que passou ao largo da academia brasileira até recentemente.

No interior desta tese, teremos que fazer uma abordagem não muito comum: uma abordagem que, de fato, organize o debate à luz dos ramos envolvidos: filosofia do direito e filosofia moral. De um lado, temos os filósofos ou teóricos do direito, aqueles que, normalmente, tem formação e treinamento no direito e, de outro, temos os filósofos morais. No lado dos filósofos do direito, temos um debate vigente, acirrado e duradouro sobre os tipos de positivismo jurídico e as respostas às escolas não positivistas, debate este que, de modo geral, não atrai muito os filósofos morais. Do lado dos filósofos morais, recentemente, temos um crescimento dos manuais de filosofia moral ou teoria moral, dentro dos quais o direito aparece quando se discute algum tema polêmico (p.ex., sobre o início da vida, a vida digna, a morte e as tecnologias aplicáveis) decidido por alguma corte de justiça <sup>1</sup>. No máximo, encontramos alguma referência ao direito natural clássico enquadrado como teoria moral <sup>2</sup>. Por que a filosofia moral considera como digno de nota somente a teoria clássica do direito natural? Os positivistas jurídicos

---

<sup>1</sup> P.ex.: RACHELS, James; RACHELS, Stuart. *Os elementos de filosofia moral*. Tradução de Delamar José Volpato Dutra. 7.ed. Porto Alegre: AMGH, 2013.

<sup>2</sup> TIMMONS, Mark. *Moral theory*. An introduction. Second Edition. Rowman & Littlefield Publishers, Inc.: Maryland, 2013.

afirmam, desde Hart, principalmente, que a separação entre direito e moral é uma tese moral. Em que consiste esta separação? Por que é uma tese moral?

Apesar disso, alguns teóricos do direito, devido à insistência e substância de seus temas, são estudados e definidos como filósofos do direito ou mesmo filósofos morais como, p.ex., Herbert L.A. Hart, Ronald Dworkin e Joseph Raz.

Abordar esta questão é necessário para vermos se existe algum truísmo, alguma obviedade ou, então, algum fenômeno digno de abordagem que relacione a filosofia do direito e a filosofia moral. De qualquer maneira, parece que direito e moral transitam dentro do grande ramo da filosofia prática: inseridos na filosofia do direito, filosofia moral e filosofia política.

Por um lado, a moralidade está presente na discussão dos filósofos do direito. A separação entre direito e moral é uma tese moral. Em que consiste esta tese moral? De que “moral” estão falando os positivistas? Por outro lado, no momento em que se discute se o direito é ou deve ser moralmente neutro, se é algo bom e recomendável que o direito seja moralmente neutro, estamos envolvidos pela filosofia moral ou política.

Neste sentido, como afirmamos, anteriormente, torna-se mais claro o grande esforço do positivismo jurídico: a separação entre direito e moral não é meramente uma questão conceitual ou descritiva, mas possui, também, uma pretensão normativa.

Há um entendimento padrão, até mesmo em verbetes de dicionários, que o positivismo jurídico (“*Legal positivism*”) evidencia que os todos os positivistas compartilham duas crenças centrais: “primeiro, o que conta como direito em qualquer sociedade particular é fundamentalmente uma questão de fato ou convenção social (*the social thesis*); segundo, não há conexão necessária entre direito e moralidade (*the separability thesis*)”<sup>3</sup>. A primeira crença permanece como a grande marca dos positivistas (“a tese das fontes sociais” ou simplesmente, “tese das fontes” ou, ainda, “tese da objetividade das fontes”<sup>4</sup>), enquanto a segunda necessita de uma reflexão séria a fim de verificar se ela permanece ou não como uma tese autônoma do positivismo jurídico.

John Gardner, por sua vez, em seu famoso artigo *Legal positivism: 5 1/2 Myths*, elaborou as proposições do positivismo jurídico. São “positivistas jurídicos” aqueles

---

<sup>3</sup> COLEMAN Jules L. and LEITER, Brian. Legal Positivism. In: PATERSON, Dennis. *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. 2.ed. Singapore: Blackwell Publishing, 2010, p.228.

<sup>4</sup> MARANHÃO, Juliano. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

que endossam as seguintes proposições (LP) e (LP\*), sendo que a segunda é uma reformulação da primeira:

(LP) “Em qualquer sistema legal, para que uma dada norma seja legalmente válida e seja parte do direito daquele sistema, depende de suas fontes e não de seus méritos (valores)”<sup>5</sup>.

Joseph Raz, considerado um dos maiores expoentes do positivismo jurídico exclusivo (duro, radical), faz as seguintes afirmações, em uma obra recente: “é tempo de abandonar a metáfora dramática do direito excluindo a moralidade”<sup>6</sup>; “a negativa de conexões necessárias entre direito e moral não pode ser sustentada”<sup>7</sup>.

Se um expoente do positivismo jurídico exclusivo – considerado o “verdadeiro” positivismo jurídico por Dworkin – faz esta afirmação, ainda podemos manter a famosa “tese da separação” como uma das teses do positivismo jurídico? Possivelmente, a tese de separação não pode ser mantida como uma tese autônoma do positivismo jurídico. Ainda, a tese de separação precisa ser colocada de acordo com o seu real significado.

Para os positivistas jurídicos contemporâneos, é certo que a tese da separação não quer dizer que o direito não tenha conexões, necessárias ou não, com a moralidade. As frases de Joseph Raz acima não são argumentos isolados e confirmam este entendimento. O que os positivistas jurídicos contemporâneos afirmam é que a existência e a validade do direito não podem depender de critérios morais. A existência e a validade do direito dependem somente de fatos sociais. O que nos leva à questão das fontes do direito. Afirmaremos, portanto, que a tese que conjuga ou nomina o positivismo jurídico é a tese das fontes sociais do direito. A tese de separação é, no máximo, uma subtese do positivismo jurídico.

É esclarecedor, portanto, que a tese essencial característica do positivismo jurídico é a tese das fontes sociais do direito. Quanto à questão da conexão ou não com a moral, a questão é uma questão mal colocada. Devemos mesmo fazer esta pergunta: há uma necessária conexão entre direito e moral? Joseph Raz afirma que esta pergunta mais confunde do que esclarece e que este é um “mau teste de tornassol” (*bad litmus*) para a teoria do direito<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> GARDNER, John. Legal Positivism: 5 1/2 Myths. *The American Journal of Jurisprudence*. Nº 46, p.199-227, 2001, p.199 e 201. Republicado em GARDNER, J. *Law as leap of faith: essays on law in general*. New York: OUP, 2012.

<sup>6</sup> RAZ, Joseph. *Between authority and interpretation*. On the Theory of Law and Practical Reason. New York: OUP, 2009, p.192.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p.179-180.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p.167.

A função do direito é fornecer padrões públicos verificáveis de conduta que visam expressar um juízo obrigatório e autoritativo, observando como a sociedade se organiza. A tese das fontes reflete e explica um aspecto importante do modo no qual compreendemos a instituição social do direito. Joseph Raz e os positivistas jurídicos grifam a tese das fontes, um modo importante de observar o direito, a partir de uma de suas diferenças. A moral, por si só, não é uma diferença.

A tese das fontes é a tese que pode agrupar os positivistas jurídicos no ponto em que todos aceitam que o direito é resultado de fontes sociais humanas, derivando dela o próprio nome “positivismo”. A divergência fica por conta da admissão ou não da moralidade como critério identificador do direito. Para diferenciar o direito, o positivismo jurídico exclusivo apela para a tese forte das fontes: a existência e o conteúdo de todo o direito é totalmente determinado pelas fontes sociais, ou seja, os testes para identificar o conteúdo do direito e determinar sua existência dependem exclusivamente de fatos do comportamento humano capazes de ser descritos em termos “neutros de valor” (*value-neutral*) e aplicados sem recurso ao juízo moral <sup>9</sup>.

Vamos pontuar as principais questões a serem abordadas e desenvolvidas:

1) A tese da separação entre direito e moral do positivismo jurídico não é uma tese autônoma do positivismo jurídico. John Gardner afirma que esta tese é a tese preferida da *jurisprudence*, mas é um “mito” do positivismo jurídico, possivelmente, devido ao título do artigo famoso de Hart (*O Positivismo e a Separação entre o Direito e a Moral*). Leslie Green afirma expressamente que ela não é uma tese autônoma do positivismo jurídico <sup>10</sup>. As teses do positivismo jurídico são: a tese das fontes e a tese social. A tese das fontes exclui a dependência do direito da moralidade.

2) O positivismo jurídico contemporâneo, caracteriza-se pela tese das fontes e tese social do direito. Alguns autores mesclam estas teses. É importante, portanto, caracterizá-las adequadamente.

3) O positivismo jurídico não refuta, mas admite variadas relações entre direito e moral. De modo contextual, ou influenciando a origem do direito, estas relações garantem a eficácia global do sistema jurídico. De modo mais específico, podem servir de fundamento para decisões judiciais, fazendo parte do direito judiciário. Mas, em

---

<sup>9</sup> RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 1979, p.39-40.

<sup>10</sup> GREEN, Leslie. Positivism and the inseparability of Law and Morals. In: *New York University Law Review*, Forthcoming; Oxford Legal Studies Research Paper No. 15/2008. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1136374>.

qualquer dos pontos, passa pelo controle e avaliação institucional de autoridades específicas.

4) O positivismo jurídico, desde a origem, relaciona-se com a moralidade positiva e a moralidade crítica (Bentham e Austin). A moralidade positiva (ou social) é a moralidade vigente, refere-se a um conjunto de padrões e princípios aceitos. A moralidade crítica (ou ideal) é como se avalia a moralidade positiva. É o estabelecimento de princípios e critérios para deliberar sobre a moralidade positiva.

5) Quando os positivistas defendiam uma separação entre direito e moral, admitindo-a como uma tese moral estavam sendo normativos, ainda que indiretamente. Hoje, a chamada tese da separação prescritiva do positivismo jurídico exclusivo normativo assume esta posição.

6) Originariamente, o positivismo jurídico é: a) exclusivo: o direito é produzido por fontes sociais autorizadas. Uma lei torna-se uma lei devido a critérios objetivos de existência e validade. A moral em geral, a moralidade positiva/popular/costumeira não é critério de identificação do direito. A moralidade política (ou princípios de moralidade política) podem servir para iniciar o Estado de Direito, mas, posteriormente, não são mais critérios objetivos de identificação do direito; b) normativo: na origem, há uma tese moral crítica – direito e moral devem ser separados em função das características e objetivos do direito. Conforme a moralidade crítica, não é qualquer moral que pode servir de fonte ou avaliação do direito.

Os positivistas clássicos ingleses (Bentham, Austin e Hart) eram, também, filósofos morais. Como filósofos morais, entendiam que o direito deve sofrer a avaliação e a crítica moral, a partir do que denominavam “moralidade crítica”. Para isto, não poderia haver confusão entre direito e moral. Não podemos confundir validade jurídica e validade moral. O direito válido é uma coisa; a avaliação moral do direito é outra (“o direito é uma coisa, seu mérito ou demérito é outra”, disse Austin). Uma lei não pode deixar de ser uma lei se for moralmente iníqua. O positivismo jurídico busca identificar os critérios (objetivos) de validade do direito. A grande confusão atual da filosofia do direito é esta: os autores principais (Hart, Dworkin, Raz e outros) escrevem e argumentam como filósofos morais e o direito é um dos seus temas. Neste âmbito, o direito sofre constante avaliação crítica e, portanto, está em diálogo com a moral. Entretanto, neste nível, o diálogo ocorre entre o direito e a moralidade crítica. A moralidade crítica é argumentativa-deliberativa, racional, política, pública e laica. No mesmo sentido, na perspectiva de Kelsen (para pegarmos outra fonte clássica do

positivismo jurídico), temos uma teoria “pura” do direito, ou seja, o direito válido deve ser afastado da moralidade. A moralidade não deve ser um critério de validade do direito. Conforme Bobbio, a jurisprudência kelseniana “prescreve descrever”. Ou seja, tem um conteúdo normativo: conceitualmente, o direito deve ser afastado da moral. Todos os positivistas posteriores (Hart, Kelsen, Raz) repetem Austin: a moralidade costumeira (na verdade, qualquer moralidade) pode ser admitida, no direito, como fundamento de uma decisão judicial e torna-se, assim, “direito judiciário”. Austin é claro, neste ponto: esta moralidade não é fonte do direito, a fonte do direito é a decisão judicial, o precedente, o que se torna “direito judiciário”.

O primeiro capítulo trata da “Evolução do Positivismo Jurídico”, buscando traçar um percurso histórico do debate entre direito e moral e a caracterização e mudanças das duas principais escolas de pensamento jurídico: o jusnaturalismo e o positivismo jurídico. Assim, começamos com a referência à cultura grega e chegamos ao debate atual entre inclusivistas e exclusivistas.

O segundo capítulo aprofunda o primeiro em alguns aspectos. Trata, especificamente, dos “Desafios do Positivismo Jurídico”, ou seja, dos argumentos do seu principal opositor – Ronald Dworkin – bem como os contra-argumentos e a renovação do positivismo jurídico nas novas correntes que se estabeleceram: positivismo jurídico exclusivo, positivismo jurídico inclusivo e positivismo jurídico (exclusivo) normativo.

O terceiro capítulo é o mais amplo e aborda “As relações entre direito e moral” tanto da perspectiva analítica como da normativa. Busca desde as influências dos primeiros utilitaristas no positivismo jurídico, passando pela importância da distinção entre moral positiva e moral crítica e finalizando com a re colocação da problema da separação entre direito e moral no positivismo jurídico.

O trabalho contém os seguintes aspectos de ineditismo necessários para uma tese de doutorado: a) o debate central procura relacionar filosofia do direito e filosofia moral e, em alguns aspectos, filosofia política; b) trata-se de uma obra de sistematização do tema principal que, nos moldes propostos, ainda não foi feita no Brasil.

## 2 A EVOLUÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO

### 2.1 AS ORIGENS CLÁSSICAS DO DEBATE ENTRE DIREITO E MORAL

Em termos rigorosos, a questão, o dilema – para muitos, insolúvel – entre direito e moral remonta à milenar e clássica dicotomia entre direito positivo (legal, escrito) e direito natural. Seria lacunoso não falar disso. Em qualquer arqueologia desta dicotomia, busca-se a caracterização de um e outro. O direito é refém das sociedades e modelos políticos que existiram e existem na história do mundo. Não é possível parar a história e analisar determinados conceitos ou combinar com o teatro do mundo o uso correto e incorreto dos conceitos. Assim, o que temos é um panorama bibliográfico de recuperação histórica de conceitos e práticas conjugado com a reflexão filosófica destes conceitos. A dicotomia entre direito positivo e direito natural está eivada de toda esta complexidade, entretanto, no seio dela repousou, durante muito tempo, a questão do direito e da moral. Da filosofia clássica grega até os contratualistas, em maior ou menor escala, traçaram-se características de um e de outro. O dilema brota em vários diálogos platônicos e na filosofia de Aristóteles ainda que sob roupagem diferente: a discussão da contraposição entre a justiça e a lei <sup>11</sup>.

O dilema fez-se presente em peças de teatro: a *Antígona* de Sófocles e o diálogo entre Péricles e o jovem Alcebíades na *Memorabilia* de Xenofonte <sup>12</sup>. Na *Antígona*, ocorre a discussão conhecida entre o Decreto de Creonte (a lei posta por uma autoridade humana) e qual seria a lei justa (universal, atemporal) aplicável ao caso. Na *Memorabilia*, a discussão é um pouco mais complexa e refere-se ao próprio conceito de direito e a polémicas que permanecem nos dias atuais: se o direito equivale ao que é decretado pelo legislador, ainda é direito o que é decretado por um déspota sem respaldo popular? Para o jovem Alcebíades, que representa a tese da moralidade, o direito só pode se sustentar na legislação, se a legislação é legítima e advém do cidadão. A moralidade do direito vem da sua legitimidade, a qual repousaria na autonomia

---

<sup>11</sup> A título de exemplo, devemos lembrar o debate entre Sócrates e Trasímaco no capítulo de abertura de *A República* de Platão e a discussão entre os tipos de justiça no Livro V da *Ética a Nicômaco* de Aristóteles: PLATÃO. *A República*. 8ª ed. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Antônio de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009.

<sup>12</sup> Este trecho da *Memorabilia* é citado por Stanley Paulson na Introdução que faz à sua tradução da 1ª edição da *Teoria Pura do Direito*: Kelsen, Hans. *Introduction to the problems of legal theory*. A translation of first edition of the *Reine Rechtslehre* or Pure Theory of Law. Tradução de Stanley Paulson e Bonnie Paulson. Oxford: OUP, 2002, p. XXII-XXIV.

democrática do cidadão. Legitimidade e autonomia fariam a inevitável relação entre direito e moral. Para Péricles, que representa a tese da separação, o direito será definido pelas regras do processo legislativo. A validade legal não depende da conformidade a algum preceito moral primordial, depende, isto sim, das condições impostas para a criação do direito.

O dilema consiste basicamente em admitir que, em uma sociedade política ou no pensamento a respeito dela, existe um direito estabelecido pelos homens com autoridade nesta sociedade, um direito deliberado, expresso, muitas vezes escrito, portanto, **posto** e, de outro lado, (para os que assim pensam) um direito mais geral, superior, universal, aplicável a todos os homens e sociedades, um direito que seria **natural**. Este “direito natural” estaria atrelado ao “justo” e adviria, conforme a vertente filosófica e histórica, de Deus, da natureza ou da razão. Para este direito natural, não podem existir leis injustas. Uma lei injusta seria uma contradição em termos. O direito natural deve servir justamente para regular o direito posto pelos homens: a lei injusta não é lei, é contrária à justiça. “Justiça” é o termo moral atrelado ao direito natural. É, na verdade, o critério de juridicidade para o direito natural. Ou a lei é justa ou não é lei.

Durante muito tempo, o direito natural se confundiu com a filosofia do direito. “O direito natural era a filosofia do direito”, principalmente em momentos de apogeu desta escola como na filosofia clássica de Platão e Aristóteles e na época dos chamados “contratualistas”, como Hobbes, Rousseau e Locke <sup>13</sup>. A filosofia do direito costuma apontar duas características ínsitas ao pensamento jusnaturalista: a) o direito natural é reconhecido como *direito*; b) o direito natural é superior ao direito escrito, positivo ou civil (em sentido amplo) <sup>14</sup>.

De outro lado, há o direito “escrito”, o direito “posto”, o direito deliberado e expresso pelos cidadãos ou por seus representantes para o governo da *polis*. O bom andamento de uma sociedade política depende desta forma de produção do direito. Antes de falarmos em “positivismo jurídico”, antes mesmo da palavra especificamente existir, atuava no mundo o conflito entre o direito posto pela autoridade (escrito) e o direito natural. Ou melhor, talvez o conflito não existisse ou não fosse expresso nestes termos. Neste sentido, a evolução ou nitidez do conflito depende da evolução do Estado,

---

<sup>13</sup> Alguns autores chegaram a fazer um esquema demonstrando as várias fases de esplendor e eclipse do direito natural. Bobbio cita o caso de Arnold Brecht. Ver BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. Trad. de Sérgio Bath. Brasília: Ed.UnB, 1998, p.23.

<sup>14</sup> “Direito escrito, positivo ou civil” (em sentido amplo) são designações dadas ao direito contraposto ao “natural”.

do direito e da reflexão filosófica sobre eles. O longo processo de estabelecimento de Estados nacionais na Europa desde a parte final da Idade Média até o início da Contemporânea será o divisor de águas da agudização do conflito antigo. O direito é somente aquele produzido pelo soberano, pelos legisladores ou continuamos admitindo a existência e atuação de outro tipo de direito? Há um entendimento padrão de que o antigo jusnaturalismo começa a sair de cena no início da Idade Contemporânea. As principais declarações de direito do período testemunham esta situação: os tradicionais “direitos naturais”, “universais”, “inalienáveis” passam a figurar, primeiro, nas declarações e, depois, na lei dos Estados. O direito passa a ser, unicamente, o direito posto, o direito estabelecido pela autoridade governante. Na sequência, surge a denominação “positivismo jurídico” e novos séculos de práticas e teorizações.

Para um cidadão acostumado com um Estado e um direito com as características como as que temos hoje, precisamos entrar no contexto de filósofos do período moderno como Hobbes, Leibniz e, posteriormente, Kant. O período e estes filósofos transitam ou figuram no entremeio do jusnaturalismo, mas apresentando e defendendo elementos próprios de uma filosofia jurídica que ainda não tinha nome na época: o positivismo jurídico. Muitos comentadores de filósofos dos séculos XVII-XVIII divergem ao classificá-los ou como jusnaturalistas ou como positivistas. O mesmo Hobbes que afirma “não é a sapiência, mas a autoridade que faz a lei”<sup>15</sup> é o mesmo que gasta páginas e páginas fundamentando o direito natural. O mesmo Leibniz que abraça o direito natural é o mesmo que vai ser citado como um dos apologistas do direito codificado, uma das fontes primeiras do positivismo jurídico. A mesma moeda é jogada em relação a Kant, sendo encontrados, facilmente, comentadores que o coloquem ora como jusnaturalista, ora como positivista<sup>16</sup>.

Há duas respostas possíveis para esta situação: 1) o contexto de afirmação dos Estados nacionais na Europa a partir dos 1500 e, neste contexto, as fundamentações de uma série de conceitos como “soberania” e “direito” em conjunto com o longo e gradual declínio do jusnaturalismo; 2) a ambiguidade, flexibilidade e vagueza do rótulo “direito natural”, o qual serve para as mais variadas e conflitantes situações<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> HOBBS, Thomas. *Diálogo entre um filósofo e um jurista*. 2.ed. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2004, p.37 e BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. 4.ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

<sup>16</sup> Ver, p.ex., a obra de MELLO, Claudio Ari, *Kant e a dignidade da legislação*.

<sup>17</sup> Ver a obra de BOBBIO, Norberto, *Locke e o Direito Natural*.

Normalmente, um momento de transição produz ambiguidades. Esta ambiguidade se potencializa se a própria expressão utilizada serve para uma panaceia de posições ao longo da história (geral e da filosofia). Norberto Bobbio nos lembra acertadamente que sob o rótulo de “direito natural”, encontramos defensores da escravidão e da liberdade (Aristóteles na sociedade grega e, posteriormente, os liberais); defensores do liberalismo e do comunismo; defensores da ordem do soberano e do direito de resistência ao poder e a lei injusta (Hobbes e Locke, respectivamente).

O período de Leibniz, por exemplo, é inserido no chamado “jusnaturalismo racionalista” ou “jusracionalismo” (jusnaturalismo moderno), aquele jusnaturalismo que surge após o período medieval, em que o jusnaturalismo era fundamentado em origem divina. Leibniz, apesar de muitas referências a Deus, faz o direito repousar em determinados princípios gerais e eternos acessíveis à razão humana (“a causa eficiente do direito natural em nós é a luz da eterna razão, acendida em nossas mentes pela divindade”). Trata-se de mais uma característica deste momento de transição: uma passagem sutil do jusnaturalismo de origem divina para o de origem racional<sup>18</sup>.

Na verdade, trata-se de uma das últimas grandes metamorfoses do antigo direito natural: de um direito natural fundado na divindade (Deus) do período medieval para um direito natural advindo da “razão natural”. Em um primeiro momento, havia a indicação de que a “razão natural” tinha sua fonte última em Deus. Paulatinamente, a fonte divina foi cedendo lugar à razão humana para, por fim, o direito natural deixar de ser “filosofia do direito” para ser inserido nas Declarações de Direitos.

Em que pese a história do direito natural ser muito rica, costuma-se identificar três grandes fases ou períodos desta teoria: 1) fase clássica (antiguidade) – na filosofia grega de, principalmente, Aristóteles, na qual a fonte do direito era a própria natureza (*physis*); 2) fase medieval – com Santo Tomás, na qual a fonte do direito era Deus; 3) fase moderna – a transição apontada acima, com Hobbes, Leibniz, Locke, na qual a fonte do direito passa a ser a “razão natural” (*naturalis ratio; raison naturelle*). As três fases indicam fontes diferentes para o direito natural demonstrando a flexibilidade da doutrina.

É importante observar que com a ascensão e consolidação do Estado Moderno (séculos XVII-XVIII em diante), consolida-se, também, o direito estabelecido pela

---

<sup>18</sup> ARTOSI, Alberto; PIERI, Bernardo; SARTOR, Giovanni (Editors). *Leibniz: Logico-Philosophical Puzzles in the Law*. Philosophical Questions and Perplexing Cases in the Law. Dordrecht Heidelberg New York London: Springer Science+Business Media Dordrecht, 2013.

autoridade soberana, pelo legislador. Há um longo processo de assentamento deste entendimento: o direito é aquele estabelecido pelo soberano.

Norberto Bobbio, em uma de suas sínteses bastante ricas, afirma que “as codificações representam o resultado de uma longa batalha conduzida, na segunda metade do século XVIII, por um movimento político-cultural francamente iluminista, que realizou aquilo que podemos chamar de a ‘positivação do direito natural’”<sup>19</sup>.

O período do Iluminismo e das grandes Revoluções do século XVIII (notadamente, a Francesa e a Americana) foi de importância ímpar na história do direito, das instituições e dos conceitos<sup>20</sup>. Com o objetivo de ilustrar apenas alguns destes fenômenos, devemos lembrar que este período foi responsável por gravar na história da humanidade o conceito e a utilização das “Declarações de Direitos”, as “Constituições” e os “Códigos”, todos repletos de outros conceitos revolucionários, tais como “poder constituinte”, “separação de poderes” e “governo limitado”. Indubitavelmente, a “luz da razão” iluminava um caminho certo: a busca da certeza, da segurança, da verdade demonstrável conforme um método claro. O direito transformava-se: da filosofia cambiante do direito natural para o direito posto, positivado, escrito, em busca de sistematização.

Enfim, há um entendimento padrão, inclusive em verbetes de dicionários pelo mundo afora, que o positivismo jurídico (“*Legal positivism*”) evidencia que os todos os positivistas compartilham duas crenças centrais: “primeiro, o que conta como direito em qualquer sociedade particular é fundamentalmente uma questão de fato ou convenção social (“a tese social” – *the social thesis*); segundo, não há conexão necessária entre direito e moralidade (“a tese da separabilidade” – *the separability thesis*)”<sup>21</sup>. A primeira crença permanece como a grande marca dos positivistas (“a tese das fontes sociais” ou simplesmente, “tese das fontes” ou, ainda, “tese da objetividade das fontes”<sup>22</sup>),

<sup>19</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia do direito. Trad. de Marcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p.54. Bobbio também lembra Leibniz na pág.43 desta obra.

<sup>20</sup> Conforme Harold Berman (2006), seis revoluções são as “(trans)formadoras” da “tradição jurídica ocidental”: a Revolução Papal (1075-1122), a Reforma Protestante (1517-1555), a Revolução Inglesa (1640-1689), a Revolução Americana (1775-1783), a Revolução Francesa (1789-1799) e a Revolução Russa (1917). A partir delas, tivemos a sistematização do direito e de procedimentos, o ordenamento jurídico; a criação de conceitos novos; a secularização; a divisão dos poderes; a democracia e o poder limitado.

<sup>21</sup> COLEMAN Jules L. and LEITER, Brian. Legal Positivism. In: PATERSON, Dennis. *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. 2.ed. Singapore: Blackwell Publishing, 2010, p.228.

<sup>22</sup> Trabalho recente, de origem brasileira, de Juliano Maranhão estabelece e aperfeiçoa o significado da “tese da objetividade das fontes”, propondo um tipo de “positivismo jurídico lógico-inclusivo”. Apesar das múltiplas relações entre direito e moral e da possível influência da moral na identificação do direito

enquanto a segunda necessita de uma reflexão séria a fim de verificar se ela permanece ou não como uma tese autônoma do positivismo jurídico.

## 2.2 AS ORIGENS DO POSITIVISMO JURÍDICO

Se formos buscar as origens do debate sobre os tipos de direito existentes nas sociedades, no Ocidente alfabetizado, temos que remontar ao período áureo da filosofia clássica grega. Em qualquer inventário histórico do positivismo jurídico, a primeira forma de separação entre os tipos de direito refere-se àquela entre um direito natural e um direito escrito, deliberado e posto pela vontade dos homens reunidos na sociedade política. Este debate surge, principalmente, nos textos legados pelos sofistas ou nas refutações feitas a eles por filósofos como Platão. Um debate anterior e complexo diz respeito à dicotomia entre *physis* e *nomos*. Em que pese o perigo da simplificação, entende-se que esta dicotomia é um dos antecessores do dualismo posterior entre direito natural e direito positivo. De modo geral e sem entrar em peculiaridades que não interessam aqui, na clássica dicotomia entre *physis* e *nomos*, verifica-se a presença de um direito vindo da natureza, que seria primal, universal e imutável e um direito contingente, particular, variável, surgido da vontade política dos homens habitantes da pólis. O homem político com capacidade de deliberar decidia os rumos da pólis mediante a definição de leis aplicáveis a todos.

W.K.C. Guthrie, em sua obra *Os sofistas*, assinala, em mais de uma passagem, a importância da dicotomia *physis-nomos* e seus reflexos na filosofia moral e política subsequente. Os dois termos são palavras-chaves e distintivas do pensamento grego nos séculos V e IV a.C. *Physis* refere-se à natureza ou realidade e *nomos* refere-se ao que se crê, se pratica ou se sustenta ser certo, ou ainda, alguma coisa que é dividida e distribuída<sup>23</sup>. A complexidade existente no interior da distinção é uma complexidade que permanece: ao mesmo tempo em que podemos separar e distinguir o *nomos* como sendo um conjunto de costumes convencionais e a lei elaborada pela autoridade, há os que poderiam sustentar que este *nomos* só é possível em função do interesse dos deuses, ou seja, em função da *physis*. Entretanto, a dicotomia existe e quando ela é feita, ela é feita da seguinte forma: corresponde à *physis* o que é “natural”, existente em todos os

---

em alguns sistemas jurídicos, o direito é moralmente neutro, há um tipo de filtro institucional-conceitual que separa direito e moral. Ver: MARANHÃO, Juliano. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

<sup>23</sup> GUTHRIE, W.K.C. *Os sofistas*. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1995, p.57.

lugares e imutável no tempo, enquanto que o *nomos* pode variar em função da referência a costumes ou leis de um determinado local <sup>24</sup>.

O primeiro e complexo contraponto, então é este: há um direito natural, uma lei natural perante a qual todos estão submetidos. É uma lei da natureza, portanto, de origem múltipla e que, levando a fundo o argumento, é a fonte de todas as coisas existentes e, portanto, de todos os direitos. Entretanto, com o intuito de separação de conceitos, podemos perceber as características diferentes de cada um deles.

Posteriormente, a dicotomia centra-se mais entre um direito natural e um direito escrito, deliberado ou civil. É curioso que, ao longo do tempo e até hoje, sempre há a referência ao direito natural. As características do direito natural também permanecem: é um direito universal, imutável, advindo da natureza, divindade ou razão humana. O direito escrito ou civil é fruto da vontade humana, da deliberação de homens com vistas à regulação de uma determinada sociedade política.

Portanto, o contraponto entre tipos de direito é bastante antigo: de um lado, temos um direito que sempre foi chamado de “natural”, ou seja, um direito que vem da natureza e as possíveis fontes desta “natureza” (lei natural, divindade, razão) e, de outro, um direito formulado pelos homens, fruto de suas vontades e com os objetivos de regulação de uma sociedade política. Um direito chamado de “direito escrito”, “civil” e, posteriormente, “posto” <sup>25</sup>.

Lon Fuller, John Finnis e Ronald Dworkin, no século XX, trataram de renovar o direito natural <sup>26</sup>. John Finnis assumindo explicitamente a força deste entendimento e fundamentando-o em uma lista de bens básicos ou valores fundamentais como vida, conhecimento, experiência estética, razoabilidade prática, enquanto Dworkin tenta estabelecer uma nova teoria (“interpretativismo construtivo”), ficando a cargo de intérpretes e críticos colocá-lo como defensor de alguma espécie de direito natural ou “jusmoralismo” <sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> Sobre o tema, além da obra de Guthrie citada acima, ver CONKLIN, William. *The invisible origins of legal positivism*. Springer Science+Business Media Dordrecht, 2001 e ROMILLY, Jacqueline de. *La ley en Grecia clásica*. Tradução de Gustavo Potente. Buenos Aires: Biblos, 2004.

<sup>25</sup> Norberto Bobbio também faz esta recuperação histórica na parte histórica de sua obra dedicada ao positivismo jurídico: BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia do direito. Trad. de Marcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

<sup>26</sup> Antes deles, o moralismo ressurgiu no debate entre Hart e Lon Fuller e sua obra *The Morality of Law*.

<sup>27</sup> Ver FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Tradução Leila Mendes. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007 e DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

A expressão “positivismo jurídico”, por sua vez, é uma expressão moderna. Surge entre os séculos XVIII-XIX na esteira da terminologia sociológica. Entretanto, o “positivismo jurídico” refere-se, simplesmente, ao “direito positivo”, ao “direito posto”. O “direito posto” é aquele estabelecido por uma autoridade política, independentemente de critérios estranhos ao próprio direito. O termo “*positum*” é medieval e refere-se a algo “estabelecido”, “posto”, “colocado”. Na língua inglesa, usa-se o verbo “*to posit*”, que significa “colocar no lugar ou posição (*position*)”, “pôr”<sup>28</sup>. A etimologia da expressão é, portanto, clara: o “positivismo jurídico” é uma teoria que afirma que o direito é o direito estabelecido pelas autoridades políticas competentes e legitimadas, as quais, normalmente, formulam o direito atendendo a critérios formais e materiais de criação também definidos pelo próprio direito.

Com o intuito de esclarecer, é preciso dizer que “direito positivo” é uma expressão que se refere ao direito estabelecido pelos homens, pelas autoridades competentes em um dado sistema, é o direito formado pelo conjunto de leis (ordenamento jurídico) e decisões judiciais (jurisprudência), ou seja, um direito produzido por uma determinada fonte autorizada<sup>29</sup>. Quando falamos em “positivismo jurídico”, por sua vez, estamos nos referindo a uma teoria que procura estabelecer como identificar o que é direito naquela sociedade. Esta teoria, basicamente, aceita como direito aquele direito estabelecido pelas autoridades competentes e legítimas (legisladores e juízes). O positivismo jurídico, como desenvolveremos, é uma teoria de identificação do direito que se concentra nas fontes sociais e humanas do direito. O direito válido de um sistema jurídico depende basicamente de suas fontes e não de quaisquer critérios alheios e estranhos ao próprio direito como seriam critérios morais, econômicos, estéticos e religiosos.

---

<sup>28</sup> Possivelmente, a primeira obra mais conhecida que define “direito positivo” observando a terminologia é a *The province of jurisprudence determined* de John Austin de 1832. Nesta obra, Austin afirma que usa o epíteto “*positive*” (de “*positive law*” e “*positive morality*”) para denotar que estas classes de leis derivam de **fontes humanas**. Na sequência, grifa as palavras *put* e *position* na seguinte passagem: “strictly speaking, every law properly so called is a *positive law*. For is *put* or set by its individual or colletive author, or it exists by the *position* or institution of its individual or colletive author”: AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1998, p.124. Claro, sabemos que a obra de Austin deve muito a Bentham, havendo grande “semelhança” em determinados trechos, mas, nesta passagem, ficamos com Austin. Ver, também: HART, Herbert L.A. *Essays on Bentham*. Studies in jurisprudence and political theory. New York: Oxford University Press, 2001.

<sup>29</sup> A construção de uma “teoria do ordenamento jurídico” tratando dos temas da unidade, das antinomias e coerência e das formas de integração de lacunas é um trabalho tipicamente positivista, impossível de ser descartado.

Assim como não é nova, a dicotomia “positivismo jurídico” e jusnaturalismo continua, ainda que com novas roupagens e rótulos. No fundo, a filosofia e a teoria do direito continuam circulando entre estas duas grandes escolas do pensamento jurídico. Hoje, fala-se, também em “jusmoralismo” para se referir a um entendimento do direito que aceita critérios e princípios morais como fontes de definição do direito.

Em suma, o que temos, na essência, é a antiga questão: de um lado, uma teoria que defende que o direito é fruto de uma fonte social e humana, uma fonte estabelecida pelos homens em deliberação política, a qual estabelece critérios de definição e validade do direito e, de outro lado, uma teoria que defende que entre as fontes do direito está a moral ou critérios e princípios morais, os quais têm fontes diversas. As críticas ao “positivismo jurídico” sempre circulam e voltam a este ponto: se a lei for injusta, ela é uma lei válida? A justiça é um critério de existência da lei? Como aceitar um sistema jurídico calcado em leis extremamente injustas e desumanas? A justiça deve ser um critério de definição do direito? É interessante notar que o argumento jusnaturalista é sempre um argumento de exceção: houve um sistema jurídico, houve um exemplo de sistema jurídico que veiculou o terror conforme a lei. Como podemos sustentar que todo o direito é o direito positivo? Como podemos admitir que não há outro direito além do direito positivo? Podemos admitir um direito que possa “regular” o direito positivo e saná-lo de injustiças?

Em função destas grandes questões, o jusnaturalismo colocou-se como uma teoria que admite um direito além do direito posto, um direito superior ao direito posto, no sentido de que pode melhorá-lo ou imunizá-lo de leis injustas, adotando princípios e critérios morais universais e imutáveis. O direito natural foi, durante muito tempo, “a filosofia do direito”. Há toda uma tradição filosófica que se dedicou ao direito natural. Esta tradição atingiu seu auge, de modo geral, no trabalho de um conjunto de filósofos rotulados de “contratualistas” (Kant, Hobbes, Locke, Rousseau). Após este apogeu, entretanto, o direito passou a ser visto de um modo mais formal. O advento e consolidação dos Estados nacionais com seus sistemas jurídicos são fatores decisivos para definir o que é o direito e afastar dúvidas sobre sua existência. É extremamente difícil aceitar dúvidas sobre o que seja o direito em sociedades plurais, complexas e burocráticas como as sociedades atuais.

## 2.3 FORMAS DE POSITIVISMO JURÍDICO

Houve um tempo em que o positivismo jurídico era simplesmente o “positivismo jurídico”, sem qualificativos ou delimitações de escopo. Com a evolução das sociedades, da filosofia e da teoria jurídica, o velho positivismo jurídico ganhou vários adjetivos: já foi metodológico, ideológico, ético. Mais recentemente, pode ser inclusivo, exclusivo ou normativo (ético).

Como afirmamos anteriormente, a teoria do positivismo jurídico pretende definir o que é o direito em um determinado sistema jurídico. Para o positivismo jurídico, o direito válido de um sistema jurídico depende de um conjunto de critérios, principalmente formais, para identificar e alterar o direito daquele sistema. Estes critérios repousam na própria sociedade política e suas relações de poder e governo, bem como dependem da vontade humana e não de outras fontes divinas, esotéricas ou além da vontade humana.

Atualmente, o panorama do positivismo jurídico transita entre o positivismo jurídico inclusivo, o positivismo jurídico exclusivo e o positivismo jurídico normativo. Estas classificações estão no centro do debate atual. Anteriormente, ao longo do século XX, outras classificações existiam e eram comentadas, ainda que sem muito êxito ou interesse coletivo. É o caso, p.ex., do positivismo jurídico chamado de metodológico, ideológico ou ético.

Estas denominações mais antigas podem ser encontradas nas obras do jusfilósofo italiano Norberto Bobbio, principalmente na obra *O positivismo jurídico – Lições de filosofia do direito*. Na segunda parte desta obra, Norberto Bobbio estabelece os “pontos fundamentais da doutrina positivista” e conclui que o positivismo jurídico pode ser visto como método, como teoria e como ideologia. Como método, o positivismo jurídico apresenta uma abordagem descritiva do direito, ou seja, analisa o direito como ele é e não como deveria ser. Esta abordagem é derivada da “teoria pura do direito” de Hans Kelsen, na qual é apresentada e debatida uma teoria do direito desvinculada de quaisquer outros fatores alheios ao direito. Neste sentido, a “pureza” da teoria: trata-se da busca de um “conceito autônomo” de direito, despido de considerações morais, políticas e sociológicas. O positivismo como método é um certo modo de abordar o estudo do direito. Esta abordagem é uma abordagem avaliativa do direito, no sentido de que importa o juízo de fato e não o juízo de valor. O positivismo metodológico, na linguagem de Bobbio, refere-se aos primórdios do positivismo

jurídico, ou seja, o positivismo jurídico que se utiliza dos postulados científicos, aquele que visa uma descrição da realidade a partir de dados e fatos objetivos, sem valorações ou subjetivismos. O positivismo metodológico é aquele que usa o método científico para a descrição de uma realidade.

Como teoria, o positivismo jurídico trata da descrição de um sistema jurídico existente, quais os critérios de definição de normas e quais as características deste sistema.

O positivismo ideológico é um tipo de positivismo normalmente usado pelos críticos. É uma espécie de caricatura do positivismo jurídico usada como espantalho. O positivismo jurídico no formato ideológico afirma a obediência cega e inquestionável ao direito posto, independentemente do seu conteúdo. É a partir desta visão que os primeiros críticos antipositivistas mais questionaram o positivismo jurídico: como obedecer cegamente a lei injusta? Como obedecer cegamente a lei da tirania? Como manter o dever absoluto de obediência à lei em um sistema jurídico ilegítimo e desumano?

O problema do “positivismo ideológico” é que ele confunde uma tese descritiva (definir o direito válido) com uma tese prescritiva de obediência moral acrítica ao direito e gera uma concepção incongruente e equivocada: obediência e aplicação “cega” da lei. Entretanto, esta postura é mais uma caricatura do positivismo que serve muito bem aos críticos que usam da “falácia do espantalho” do que realmente assumida pelos pensadores positivistas. A partir da leitura atenta dos grandes clássicos do positivismo jurídico do século XX, observou-se que os próprios positivistas nunca sustentaram tal teoria<sup>30</sup>.

Em linhas gerais, o positivismo jurídico “epistemológico” (Bobbio) ou “conceitual” (Hart) é a escola ou corrente do pensamento jurídico que apresenta duas características marcantes: a) o direito é uma criação humana, ou seja, a existência e o conteúdo de uma ordem jurídica devem ser explicados, exclusivamente, por certos fatos sociais (e não a partir de Deus, da natureza ou de outra fonte) – trata-se da “tese das

---

<sup>30</sup> O positivismo ideológico é assim caracterizado por Noel Struchiner: “O chamado positivismo ideológico pressupõe as seguintes teses: 1) Para que um determinado sistema normativo receba o nome de direito, ou que uma determinada norma seja qualificada como jurídica, não é necessário que passe pelo escrutínio de critérios ou testes morais. Para identificar uma norma como jurídica e, portanto, como existente e válida, devem-se investigar as suas fontes e não o seu mérito. 2) Os juízes e sujeitos jurídicos têm a obrigação moral de obedecer ao direito positivo. O direito positivo é dotado de força moral obrigatória”. STRUCHINER, Noel. *Para falar de regras*. O positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese de Doutorado em Filosofia da PUC-Rio. Rio de Janeiro: 2005, p.29.

fontes sociais do direito”; b) o conceito de direito ou o critério de juridicidade não é obtido necessariamente a partir da moral – é a “tese da independência entre direito e moral”<sup>31</sup>.

No Brasil, uma obra que cataloga, com farta bibliografia e acuidade teórica, o panorama atual do debate envolvendo o positivismo jurídico é *Positivismo jurídico* de Dimitri Dimoulis. Este autor estabelece uma distinção entre o positivismo jurídico *lato sensu*, o qual se opõe ao “jusnaturalismo” e o positivismo jurídico *stricto sensu*, o qual se opõe ao “moralismo jurídico”. No positivismo jurídico *lato sensu* são inseridos os autores ou características referentes à tese do fato social e tese das fontes sociais, o direito é entendido como uma criação humana e deriva de fontes empíricas e objetivas e não de outras fontes (derivadas de origem divina, da mera reflexão e observação). Assim, o positivismo jurídico *lato sensu* “é uma teoria *monista* sobre o direito, distanciando-se claramente do *dualismo* jurídico que admite a existência de um direito natural ao lado do direito criado por legisladores humanos”<sup>32</sup>.

Já o positivismo jurídico *stricto sensu* se opõe ao “moralismo jurídico”, aquele entendimento que prega a chamada necessária “tese da vinculação (ou conexão) entre direito e moral”. Dentro do moralismo jurídico, encontramos as variadas correntes atuais que já receberam vários nomes como, p.ex., “pós-positivismo” ou “neoconstitucionalismo”. Esta abordagem considera a necessária união entre direito e moral. O direito deve estar vinculado à moral, tratando-se de um mandamento endereçado ao legislador e ao aplicador do direito. O direito é um sistema que se pretende justo e correto. Se não há normas que respeitem este *pedigree*, deve haver a necessária correção. Os moralistas entendem que o direito válido deve ser corrigido para se adequar às exigências da moral<sup>33</sup>.

É possível conceber algo como jurídico sem que este algo tenha qualquer relação com uma noção de bem moral? É possível conceber uma norma jurídica (Kelsen), uma regra social jurídica (Hart) ou um fato bruto relativamente complexo (realistas

---

<sup>31</sup> MICHELON JUNIOR, Claudio Fortunato. *Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito*. São Paulo: RT, 2004, p.12-13.

<sup>32</sup> DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006, p.81.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p.88-89. Dimoulis coloca Dworkin dentro da perspectiva chamada “moralismo jurídico radical”.

escandinavos) sem que seja necessária qualquer referência a um valor moral objetivo? A resposta positivista a ambas as perguntas é afirmativa <sup>34</sup>.

Enfim, como já observado, o positivismo jurídico epistemológico ou conceitual demonstra que os todos os positivistas compartilham duas crenças centrais: primeiro, a definição do direito válido em qualquer sociedade particular é fundamentalmente uma questão de fato ou convenção social (“a tese social” – *the social thesis*); segundo, não há conexão necessária entre direito e moralidade (“a tese da separabilidade” – *the separability thesis*) <sup>35</sup>.

John Gardner, por sua vez, em seu famoso artigo *Legal positivism: 5 1/2 Myths*, elaborou as proposições do positivismo jurídico. São “positivistas jurídicos” aqueles que endossam as seguintes proposições (LP) e (LP\*), sendo que a segunda é uma reformulação da primeira:

(LP) “Em qualquer sistema legal, para que uma dada norma seja legalmente válida e seja parte do direito daquele sistema, depende de suas fontes e não de seus méritos”.

(LP\*) “Em qualquer sistema legal, para que uma dada norma seja legalmente válida e seja parte do direito daquele sistema, depende de suas fontes e não de seus méritos (onde seus méritos, em sentido relevante, incluem os méritos de suas fontes)”<sup>36</sup>.

A primeira proposição (LP) é uma proposição aceita por todos os positivistas jurídicos, enquanto a segunda (LP\*) é debatida na cisão entre os chamados positivistas exclusivos (*hard*) e os positivistas inclusivos (*soft*).

Devemos esclarecer que a palavra “mérito”, nas proposições acima, refere-se à moralidade, ao conteúdo do direito relacionado com a moral. Assim, o direito, na visão positivista, é “baseado na fonte” (*source-based*) e não “baseado no mérito” (*merits-based*). Na primeira proposição (LP), trata-se de uma formulação objetiva da “tese das fontes sociais”, uma das teses comuns aceitas por todos os positivistas.

Em uma determinada sociedade “S”, aceita-se como direito “somente aquilo que é decretado por Rex I”. Este é um critério baseado na fonte. Identifica-se a “fonte” e não o “mérito”. Haveria um critério exclusivamente baseado no mérito na seguinte

<sup>34</sup> MICHELON JUNIOR, Claudio Fortunato. Direito e moralidade. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Ed.UNISINOS e Renovar, 2006, págs. 236-237.

<sup>35</sup> COLEMAN Jules L. and LEITER, Brian. Legal Positivism. In: PATERSON, Dennis. *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. 2.ed. Singapore: Blackwell Publishing, 2010, p.228.

<sup>36</sup> GARDNER, John. Legal Positivism: 5 1/2 Myths. *The American Journal of Jurisprudence*. Nº 46, p.199-227, 2001, p.199 e 201. Republicado em GARDNER, J. *Law as leap of faith: essays on law in general*. New York: OUP, 2012.

formulação: “só é direito, na sociedade ‘S’, aquele tipo de norma que atende critérios de justiça e razoabilidade”. Há, ainda, uma terceira formulação que condiz com a discussão que se abre a partir de LP\*: “só é direito, na sociedade ‘S’, tudo aquilo que é decretado por Rex I, atendendo critérios de justiça e razoabilidade”. A partir de LP\*, surge o longo e profícuo debate entre positivistas exclusivos e os positivistas inclusivos: em qual lado da balança está o critério de identificação do direito – na fonte ou no mérito moral? Na autoridade (legislador, juiz) que produz o direito ou no conteúdo da norma? Ou em ambos?

Os positivistas clássicos entendiam que a definição do direito dependia da fonte, uma fonte social humana: legislador ou juiz (costume, legislação, jurisprudência). A passagem clássica de John Austin sobre o que é o direito ecoa em uma série de autores positivistas posteriores: “A existência da lei é uma coisa; seu mérito ou demérito, outra coisa. Se ela existe ou não existe, é uma investigação; se ela é conforme ou não a um determinado parâmetro, é uma outra investigação”<sup>37</sup>.

Hart, nos primeiros capítulos de *O Conceito de Direito*, afirma que, na Inglaterra, o direito válido é fruto da atividade legislativa da “Rainha no Parlamento”, o que equivaleria, grosso modo, ao nosso sistema de sanção executiva da lei<sup>38</sup>. Em suma, para que uma lei vigore e tenha obrigatoriedade, após a fase legislativa, é preciso a sanção do representante do Poder Executivo<sup>39</sup>. Existem determinadas noções que envolvem a validade legal em relação às quais não podem existir dúvidas, ou seja, são noções objetivas: vigência, revogação, sanção. São critérios objetivos de identificação do direito. Não há “debate moral” ou dúvida sobre estes critérios. Quando os positivistas falam em “tese das fontes sociais” (ou somente “tese das fontes”) ou, ainda, “tese da objetividade das fontes” querem dizer que há um critério humano, social e objetivo de identificação do direito sobre o qual não incide diretamente o debate moral ou a moralidade (ou o “mérito”). O conteúdo moral pode entrar no ordenamento jurídico? Obviamente que sim, mas não é determinante do critério de validade estrutural e funcional do direito.

---

<sup>37</sup> AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. London: John Murray, Albemarle Street, 1832, p. 278. Citamos a obra original, porque, curiosamente, esta passagem, constante de uma nota de rodapé, apesar de muito citada, não aparece em determinadas edições.

<sup>38</sup> É o sistema conhecido, também, como “Royal Assent”, ver: HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. 5.ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 30, 76, 83 e 122.

<sup>39</sup> No sistema jurídico brasileiro, existem várias “espécies normativas”. As mais comuns (como a lei ordinária) passam pela fase legislativa (deliberação e aprovação do projeto de lei no Poder Legislativo) e pela fase executiva (sanção ou veto do Poder Executivo). Entretanto, outras espécies (como a Emenda Constitucional), após a aprovação, são promulgadas diretamente pelo Legislativo.

Entretanto, a situação tornou-se mais complexa quando todos se debruçaram sobre o que pode ser a “fonte” do direito, principalmente a partir da noção de “regra de reconhecimento” de Hart. Ao longo do texto canônico de *O Conceito de Direito* e no Pós- Escrito, Hart admitiu rapidamente a possibilidade de critérios morais na regra de reconhecimento. É possível que a regra de reconhecimento incorpore critérios morais e este é o “mantra” dos inclusivistas (incorporacionistas). Por outro lado, o direito pode se relacionar com a moral, mas quem dirá o que é o direito será uma autoridade institucionalizada.

#### 2.4 O POSITIVISMO JURÍDICO CLÁSSICO CONTEMPORÂNEO DE HANS KELSEN E HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART

No positivismo clássico contemporâneo, Hans Kelsen é o primeiro a sistematizar, elaborar e criar o que chamou de “teoria pura do direito”<sup>40</sup>. A “pureza” implica identificar cientificamente seu objeto e separá-lo de “elementos estranhos” (política, moral, sociologia). Hans Kelsen elabora o conceito de “norma fundamental” (ou “norma básica”) para identificar o que é direito válido em um sistema jurídico. Para exercer sua função – o fundamento de validade do sistema jurídico – a norma fundamental não está diretamente relacionada com a moral.

De outro lado, no mesmo âmbito do positivismo clássico contemporâneo, está Hart. Apesar da possibilidade de variadas semelhanças entre eles e a presença clara de Kelsen na obra de Hart, Hart criticou Kelsen em vários momentos, seja no próprio texto de *O Conceito de Direito*, seja em artigos como “*Kelsen revisited*”<sup>41</sup>. Hart assume no prefácio de *O Conceito de Direito* que fará “teoria do direito analítica” (*analytical jurisprudence*<sup>42</sup>) que deve interessar não só ao direito, mas também à filosofia moral e política e à sociologia. O raciocínio positivista de busca de uma norma básica que seja a fonte da validade está presente em Hart. A norma básica em Hart é chamada “regra de reconhecimento”. Aliás, Hart evita usar “norma”, preferindo “regra”. Sua visão de “sistema jurídico” forma-se com a conjunção de regras primárias e secundárias. A regra

<sup>40</sup> A primeira edição da *Reine Rechtslehre* é de 1934 e a segunda edição de 1960. Note-se que a segunda edição de obra máxima de Kelsen ocorre quase no mesmo ano da primeira edição de *O Conceito de Direito* de Hart (1961).

<sup>41</sup> HART, Herbert L.A. Kelsen visitado In: *Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia*. Tradução José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.323-347.

<sup>42</sup> É preciso deixar claro que a palavra inglesa *jurisprudence* não equivale à palavra portuguesa “jurisprudência”, ainda que este erro seja cometido em algumas traduções, p.ex., na obra de Jeremy Waldron, *A dignidade da legislação*, da Editora Martins Fontes. A palavra *jurisprudence* significa o que entendemos como “teoria do direito”.

de reconhecimento é uma regra secundária com a função própria de “identificação do direito”.

Hart vem da tradição do empirismo e do utilitarismo inglês e David Hume, Jeremy Bentham e John Austin são suas influências, ainda que no sentido de eleger um autor e uma obra para superá-los como ocorreu com a *The province of jurisprudence determined* (1832) de John Austin. Fazendo um comparativo rápido com Kelsen, a regra de reconhecimento de Hart é “aberta”, i.e., podendo admitir, em algum momento, algum critério moral para o direito, ainda que de modo contingente como ele próprio afirma. A partir de sua caracterização da regra de reconhecimento, das relações entre direito e moral e de sua resposta a Dworkin surgiu o que, hoje, chama-se “positivismo jurídico inclusivo”. Hart se autodenomina “positivista brando” (*soft*). Ora, é a partir do texto original e do *Pós-escrito* de *O Conceito de Direito* que nasce esta vertente. Sim, o positivismo jurídico inclusivo afirma que, na fonte, a regra de reconhecimento pode conter elementos da moral ou “incorporar” elementos da moralidade. Nesta perspectiva, ainda que se afirme que a conexão é contingente, há esta conexão. Não há dúvida sobre este fundamento. O positivismo jurídico inclusivo é um engano? É uma má-interpretação de Hart? A regra de reconhecimento, tida como uma convenção, não pode ser limitada pela moral? Uma convenção constitutiva como a regra de reconhecimento, para a identificação do direito, pode ser limitada (ou admitir isso) por elementos morais? Estas questões serão debatidas em tópico separado, mais adiante.

Hans Kelsen, por sua vez, é influenciado por Kant<sup>43</sup>, a sua teoria é “pura”, sua norma fundamental é “pressuposta”, é um postulado lógico-transcendental. Kelsen estipula um método não-empírico de busca de validação normativa. A norma fundamental estabelece o mundo normativo. Uma única norma é a origem do sistema

---

<sup>43</sup> Conforme a maioria dos comentadores, a obra de Kelsen é dividida em fases ou periodizações, sendo uma destas fases definida como “transcendental” ou “neokantiana”. Esta fase coincide com a obra canônica de Kelsen: *A teoria pura do direito* (1ª edição de 1934 e 2ª de 1960). A influência kantiana vem da matriz epistemológica, principalmente da *Crítica da Razão Pura* e não da ética ou da doutrina do direito de Kant. Kelsen pretende uma versão jurídica da questão transcendental kantiana, ou seja, como é possível a cognição do direito e a norma fundamental surge como uma categoria transcendental aplicável ao direito. Ou melhor, como é possível o direito positivo enquanto objeto da cognição? Para responder a questão, há um apelo à norma fundamental que será o fundamento último de validade do sistema legal. O tema é tratado, entre outros, por Stanley Paulson na Introdução que faz à sua tradução da 1ª edição da *Teoria Pura do Direito* de Kelsen: KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory*. A translation of first edition of the *Reine Rechtslehre* or Pure Theory of Law. Tradução de Stanley Paulson e Bonnie Paulson. Oxford: OUP, 2002, p.XXX-XXXIV.

jurídico-normativo. Em Kelsen e de Kelsen não derivou nenhum positivismo jurídico inclusivo <sup>44</sup>.

Kelsen, diferente dos outros positivistas, lutava em duas frentes:

- a) Contra a tese da moralidade – inseparabilidade entre direito e moral;
- b) Contra a tese dos fatos (tese redutiva) – inseparabilidade entre direito e fato

(teoria empírico-positivista)

Os positivistas de matriz anglo-saxã são unânimes em apontar como tese principal do positivismo a chamada “tese das fontes sociais do direito” ou simplesmente “tese das fontes”, (na voz de Joseph Raz), enquanto Kelsen quer eliminar a tese dos fatos.

Stanley Paulson chama de “*jurisprudential antinomy*” a tradição que compreende a teoria do direito natural e a teoria empírico-positivista não somente como mutuamente exclusivos, mas também como exaurindo todas as possibilidades <sup>45</sup>.

Por isso, Kelsen busca a “tese normativa”. O conflito entre as teses da moralidade (inseparabilidade) e a tese da separação é antigo e insolúvel para alguns. Kelsen pretendeu resolvê-lo de uma forma diferente: adotando a tese da normatividade. A abordagem positivista de Kelsen é única, neste sentido.

O positivismo anglo-saxão, encabeçado por Hart e as correntes que surgiram posteriormente (inclusivo x exclusivo) resumem-se ao conflito entre direito e moral (separação x não separação) e adotam o positivismo como tese das fontes: o direito deriva das fontes sociais com abertura ou não a critérios morais.

---

<sup>44</sup> Há vários comentadores apontando o seguinte: ao mesmo tempo em que Kelsen e Hart comungam as teses centrais do positivismo jurídico, há uma diferença de contexto filosófico de fundo e epistemológico entre eles. Hans Kelsen está inserido, ainda, na visão moderna do mundo, envolvida no racionalismo e na certeza e buscando explicar a objetividade e a subjetividade dos conceitos. Seu sistema jurídico será “fechado” pela norma fundamental demonstrando um período de maior valorização da linguagem formal e subvalorização do problema entre direito e moral. Hart, por sua vez, faz parte do contexto filosófico da filosofia analítica, vivendo e trocando ideias com os representantes da filosofia da linguagem comum. É possível encontrar em sua filosofia do direito, claras influências das metáforas do jogo do “Segundo Wittgenstein” e da atenção à “porosidade” da linguagem de Friedrich Waismann. Neste sentido, encontra-se como fator importante para o entendimento do direito, em Hart, a noção de “aspecto interno das regras” e da “textura aberta” da linguagem. Estas questões podem ser verificadas em, p.ex.: MICHELON JUNIOR, Claudio Fortunato. *Aceitação e objetividade*: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: RT, 2004; MARMOR, Andrei. *Law positive and objective values*. New York: Oxford University Press, 2001 e PERUZZO JUNIOR, Leo e PABLOS, Mayara. Wittgenstein e Hart: regras de reconhecimento, normatividade e indeterminação do direito. In: DALL’AGNOL, Darlei; FARTURI, Arturo e SATTLER, Janyne (orgs). *Wittgenstein em retrospectiva*. Florianópolis: Ed.UFSC, 2012, p.191-203.

<sup>45</sup> Em português, seria uma “antinomia da teoria do direito”, definida por Stanley Paulson na Introdução que faz à sua tradução da 1ª edição da *Teoria Pura do Direito* de Kelsen: KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory*. A translation of first edition of the *Reine Rechtslehre* or Pure Theory of Law. Tradução de Stanley Paulson e Bonnie Paulson. Oxford: OUP, 2002, p.XX.

Análises recentes da obra de Kelsen demonstram a peculiaridade do positivismo proposto por ele: Kelsen visa a um conceito autônomo do direito pela via de sua teoria pura. De um lado, ele luta contra a tese da moralidade, separando o direito da moral e, de outro, luta contra a tese dos fatos sociais, propondo uma “tese normológica da normatividade”. No âmbito da teoria pura, como o direito é afastado de “elementos estranhos” (moral, política), não há espaço para que critérios morais façam parte do conceito de direito. Kelsen pensa, basicamente, que o direito seja um conjunto de normas válidas de um ordenamento que possua legitimidade e eficácia. A moral ou critérios morais podem entrar no mundo jurídico mediante as decisões judiciais em função de princípios ou expressões relacionadas à moralidade tais como “boa-fé” e “bem comum”<sup>46</sup>. Na busca dos critérios de validade das normas, há a elaboração do conceito de “norma fundamental”. Para Kelsen, apesar do direito se originar nos fatos (o que é um truísmo), o fundamento de validade do sistema não está nos fatos e, sim, em uma norma pressuposta, uma norma que deve conferir autoridade ao sistema. A partir da elaboração da norma fundamental, tem-se a “tese normológica da normatividade”. O conceito de “imputação periférica” é fundamental nesta articulação. A formulação da “imputação periférica” é a seguinte: “se um ato de certo tipo ocorre, então tal ato é tratado como atribuidor de certa consequência jurídica”. As responsabilidades e sanções derivadas do direito vêm da noção de imputação periférica. Entende-se que Kelsen produz uma fórmula metodológica que visa a uma alternativa ao psicologismo (há uma “dessubjetivação” do ato na imputação periférica, focando a relação propriamente jurídica estabelecida a partir da norma) e ao naturalismo (escapar da explicação causal de causa e efeito redutível ao mundo dos fatos)<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> Há uma semelhança de tratamento desta questão em Hart e Kelsen. Hart afirma que a “existência e o conteúdo do direito podem ser identificados por referência às fontes sociais do direito (p.ex., legislação, decisões judiciais, costumes sociais), sem referência à moral, exceto quando o direito assim identificado, tenha, ele próprio, incorporado critérios morais para a identificação do direito” (HART, H.L.A. *O conceito de direito*. 5.ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p.332). Na *Teoria Pura do Direito*, no capítulo sobre “Interpretação” (VIII): “Observadas do ponto de vista do direito positivo, todas aquelas normas [normas de moral e justiça como ‘bem comum’, ‘interesse do Estado’, ‘progresso’] somente podem ser caracterizadas negativamente; elas são normas que não são do direito positivo. Em relação ao direito, o estabelecimento de um ato legal à medida que toma lugar dentro da estrutura da norma legal a ser aplicada, é livre, depende da discricionariedade do órgão legal chamado a estabelecer o ato – exceto se o próprio direito positivo delegue a algumas normas meta-legais como a moral e a justiça, mas então estas normas são transformadas em normas do direito positivo” (KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law*. Tradução de Max Knight. Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange, 2005, p.353-354).

<sup>47</sup> Ver PAULSON, Stanley L. A ideia central do positivismo jurídico. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte n. 102, pp. 101-137, jan./jun. 2011.

Hans Kelsen e H.L.A. Hart são, hoje, considerados positivistas “clássicos” no sentido de que foram os primeiros a publicar obras de sistematização do conceito do direito, bem como dos critérios de identificação e validade do direito antes do “desafio” de Ronald Dworkin e da cisão do positivismo jurídico (inclusivo x exclusivo), como veremos nos tópicos seguintes.

## 2.5 SOBRE OS “FUNDAMENTOS DE UM SISTEMA JURÍDICO” EM HART E KELSEN

É preciso fazer uma observação inicial: tanto Hart como Kelsen usam a expressão “sistema jurídico”. Hart nomina o capítulo VI do *Conceito de Direito* de “Os fundamentos de um sistema legal” (“*The foundations of legal system*”). Um pouco antes, quando fala, pela primeira vez, na regra de reconhecimento, ele afirma que entender o direito como a “união de regras primárias e secundárias” e admitir as regras secundárias como remédios para os defeitos das regras em uma sociedade primitiva traz em uma “forma embriônica, a ideia de um sistema legal”<sup>48</sup>. Kelsen, por sua vez, usa “*Normensystem*”, “*Rechtsordnung*” ou “*normativen Ordnung*” no texto canônico da *Reine Rechtslehre* de 1960, reeditado em 1992.

Podemos fazer um exercício de pensamento utilizando um exemplo legal interessante para ilustrar a discussão a seguir: atualmente, em uma República Democrática (chamaremos de “país B”), com uma Constituição democrática, há uma lei válida de 1850 (vamos chamá-la de Código “C”). Há uma pergunta que raramente os envolvidos na área se fazem: como o Código “C” ainda é válido? O exemplo é interessante devido à data desta lei (1850) e porque a atual República Democrática vivia, naquela época, sob o governo de um imperador (Estado Unitário, monarquista, conforme a Constituição de 1824). Como uma lei de um Estado e forma de governo totalmente diferentes ainda permanece válida?

Na visão de Hart, o Código “C” de 1850 é um exemplo de direito que ainda permanece devido a uma “longa aceitação compartilhada” dos funcionários (*officials*) do sistema. A “regra de reconhecimento” pode se referir a uma Constituição, mas não somente a ela<sup>49</sup>. A regra de reconhecimento pode se referir a uma prática compartilhada

<sup>48</sup> HART, H.L.A. *O conceito de direito*. 5. ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p.105.

<sup>49</sup> É preciso observar que a regra de reconhecimento não é simplesmente a Constituição. A regra de reconhecimento refere-se ao costume, ao precedente e à legislação. Pode se referir a uma Constituição, mas não se exaure ou se limita a ela. Ver as seguintes obras: ADLER, Matthew D. and HIMMA, Kenneth

de *officials* do sistema (p.ex., juízes, tribunais, legisladores). Quais são os critérios de identificação do direito? A regra de reconhecimento no sistema legal do “país B” não é mais a Constituição de 1824, nem foi, nem é, atualmente, somente a Constituição em vigor. Todavia, tanto na linguagem de Hart, como na de Kelsen, um dos critérios pode ser uma “referência” a uma Constituição. A regra de reconhecimento, no “país B”, pode se referir a uma Constituição democrática, posterior, atual. Alguns critérios de identificação do direito estão presentes em uma Constituição: p.ex., nela se define o processo legislativo do “país B”, ou seja, o processo formal de elaboração de normas; nela, definem-se os Tribunais e o modo de acesso ao cargo de juiz – um dos *officials* do sistema – bem como os direitos fundamentais do cidadão do “país B”.

Como um dos critérios da regra de reconhecimento pode ser uma referência à Constituição, em Hart e Kelsen? Em suma, Hart afirma que a regra de reconhecimento pode ser “complexa”, i.e., conter vários critérios tais como uma referência à legislação, aos costumes e às decisões judiciais. Kelsen, por sua vez, diz que sua “norma fundamental” (*Grundnorm*), em último caso, pode ser elaborada da seguinte forma: “devemos nos conduzir conforme a Constituição”<sup>50</sup>. A identificação do direito remonta a um conjunto de critérios: o grupo social, ao longo do tempo, paulatinamente, passa a aceitar as regras primárias (de obrigação/conduta) e as regras secundárias (de identificação, de alteração e julgamento). Na perspectiva de Hart, a saída de uma sociedade mais primitiva (com um conjunto de regras mais primitivo, sem “unidade”, sem formar um “sistema”) para uma mais complexa depende da criação e aceitação das regras secundárias. Estas regras, principalmente a regra de reconhecimento, criam o “jurídico” e o “sistema jurídico”. Com a regra de reconhecimento, há a aceitação compartilhada do sistema jurídico, a aceitação de que o direito vem desta combinação de regras, que existem autoridades capazes de alterar o direito, identificar o direito, julgar conflitos. O direito, fruto desta aceitação, vem da legislação, dos precedentes, dos julgamentos e dos padrões identificados como direito. Hart afirma que, assim, uma sociedade sai de um estado “pré-jurídico” (pré-legal) para um “jurídico” (legal), ela sai de um conjunto amontoado de regras primárias (estático, não unificado) para um

---

Einar (ed.). *The rule of recognition and the U.S. Constitution*. New York: Oxford University Press, 2009; COLEMAN, Jules (Ed.). *Hart's Postscript*. Essays on The Postscript to the Concept of Law. New York: Oxford University Press, 2001; GREEN, Leslie. *Legal positivism*. Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em <http://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/> e MARMOR, Andrei. *Law positive and objective values*. New York: Oxford University Press, 2001.

<sup>50</sup> KELSEN, Hans . *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2006, p.224.

“sistema jurídico” com critérios de identificação e alteração do direito e para a resolução de conflitos.

No “sistema jurídico”, podemos falar em “validade” jurídica. A norma válida é aquela criada conforme os critérios de identificação do sistema. Em Hart, a regra de reconhecimento é o fundamento do “sistema jurídico”. É o critério supremo e último do sistema jurídico. A regra de reconhecimento é um tipo de regra secundária<sup>51</sup>. Ela pode ser simples ou complexa conforme a sociedade e seu sistema jurídico. Pode simplesmente se referir a um documento escrito elaborado por alguém dotado de autoridade ou pode envolver um complexo de critérios diferentes tais como a própria legislação, os costumes, os precedentes e as decisões judiciais. Em uma sociedade primitiva existem somente regras primárias de conduta e o conjunto de regras sofre de uma série de defeitos. Este conjunto de regras apresenta o defeito da “incerteza” (assistematicidade e falta de unidade), i.e., não forma um sistema, já que não tem propriamente critérios de identificação do direito; este conjunto de regras é “estático”: não possui regras próprias de alteração e, por fim, tem o defeito da “ineficácia” derivado da ausência de regras de julgamento para a decisão de conflitos sobre a aplicação das regras primárias. Hart, após definir esta série de “defeitos”, apresenta, em contrapartida, uma série de “remédios”. Contra o defeito da incerteza, temos a regra de reconhecimento; contra o defeito do caráter estático, temos as regras de alteração e contra o defeito da ineficácia, temos as regras de julgamento. Devemos lembrar que o sistema jurídico, para Hart, só é considerado assim com a criação e admissão destas regras secundárias. O conceito de direito depende da combinação de regras primárias de conduta e obrigação com regras secundárias de reconhecimento, alteração e julgamento. As regras secundárias estão em um plano diferente, uma vez que não se referem especificamente a condutas de pessoas, mas se referem às próprias regras (alguns autores as chamam de “metarregras” ou regras de “segunda ordem”)<sup>52</sup>.

Na *Teoria pura do direito*, de Kelsen, o “fundamento de validade da ordem normativa” é a “norma fundamental” (*Grundnorm*)<sup>53</sup>. Primeiramente, Kelsen faz uma

---

<sup>51</sup> As regras secundárias podem ser: regras de reconhecimento (*rule of recognition*), regras de alteração (*rules of change*) e regras de julgamento (*rule of adjudication*).

<sup>52</sup> Norberto Bobbio, em sua *Teoria do ordenamento jurídico*, fala em “normas de conduta” e “normas de estrutura” ou de “competência”. As “normas de estrutura” ou de “competência” não prescrevem conduta, mas as condições e os procedimentos através dos quais emanam normas de conduta válidas: BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Trad. de Maria Celeste Leite Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Ed. UnB, 1999, p.33.

<sup>53</sup> A abertura do capítulo V da *Reine Rechtslehre* tem o seguinte título no original: “*Der Geltungsgrund einer normativen Ordnung: Die Grundnorm*”: KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2.ed. Wien:

distinção entre uma teoria estática e dinâmica do direito, bem como entre ordenamento estático e dinâmico. A teoria “estática” tem como objeto o direito como “sistema de normas em vigor” (estático). A teoria “dinâmica” trata do “processo jurídico” em que o Direito é produzido e aplicado (o direito em movimento-dinâmico) <sup>54</sup>. No direito estático, Kelsen trabalha algumas noções básicas de qualquer teoria do direito como sanção, direito subjetivo, relação jurídica. No direito dinâmico, Kelsen trabalha noções de ordem jurídica, norma fundamental, validade e estrutura escalonada do ordenamento jurídico. Conforme a natureza do fundamento de validade, ele propõe distinguir dois tipos diferentes de normas: um estático e um dinâmico. As normas de primeiro tipo referem-se à conduta dos indivíduos, qual conduta deve ser seguida em função do conteúdo da norma – a validade depende do conteúdo. A norma fundamental forneceria, neste âmbito, no sistema estático de normas, o conteúdo da validade. Entretanto, o fundamento geral de validade deve ser buscado no sistema dinâmico. Neste caso, o fundamento não se refere ao conteúdo, mas à criação do direito. Este fundamento geral de validade é formal e como se verá adiante, é pressuposto: “devemos nos conduzir em harmonia com os comandos da autoridade que o estabelece ou conforme o costume”. Kelsen foca o fato produtor de normas. O sistema de normas como “ordem jurídica” tem um caráter dinâmico; uma norma não vale porque tem um determinado conteúdo, mas porque é criada por uma forma determinada <sup>55</sup>.

O “fundamento de validade da ordem normativa” é a “norma fundamental” (*Grundnorm*) <sup>56</sup>. A “norma fundamental” é uma norma pressuposta (“*Vorausgesetzten*”), não é “posta”, visto que deve servir para fundamentar o sistema, portanto, “fora” e não “dentro” do próprio sistema. A “norma fundamental” é a instauração do fato fundamental da criação jurídica <sup>57</sup>. Para chegar nela e explicá-la, Kelsen elaborou sua conhecida “cadeia de validade”. Ele pede-nos para imaginarmos um condenado à pena de morte e sua execução por, p.ex., enforcamento. O que distingue este enforcamento de um homicídio qualquer? Primeiramente, é a execução de

---

Österreichische Staatsdruckerei, 1992, p.196. Temos que a edição brasileira é bastante fiel ao original: “O fundamento de validade de uma ordem normativa: a norma fundamental”: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2006, p.216.

<sup>54</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2006, p.79-80.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p.221.

<sup>56</sup> A edição americana opta por “norma básica” (“*basic norm*”): KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law*. Tradução de Max Knight. Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange, 2005.

<sup>57</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2006, p.221-222.

uma sentença. A sentença é uma norma jurídica aplicada (individualizada) com base em uma norma geral e abstrata, no caso um crime e sua pena respectiva. Esta norma utilizada (lei penal) é válida? Sim, ela seguiu o procedimento próprio constitucional para a elaboração de normas. Se formos adiante na “cadeia de validade”, perguntamos: a Constituição é válida? Sim, mas como a Constituição é válida? Para respondermos a esta questão, precisamos fazer um caminho cronológico inverso, buscando no passado as origens desta Constituição até chegarmos a uma Constituição histórica original (a primeira Constituição daquele Estado). Se renunciarmos a reconduzir a validade da Constituição original a uma autoridade metajurídica (Deus ou a natureza), o fundamento de validade deve ser pressuposto. Chegamos, então, à norma fundamental. Uma norma pressuposta, vinculante, de uma ordem legal que prescreve atos coercivos pode ter a seguinte formulação: “devem ser postos atos de coerção sob os pressupostos e pela forma que estatuem a primeira Constituição histórica e as normas estabelecidas em conformidade com ela”. Ou de modo mais direto: “devemos nos conduzir como a Constituição prescreve”<sup>58</sup>.

Mais adiante, na *Teoria pura do direito*, Kelsen lembra que quando surge uma nova ordem jurídica, seja mediante uma revolução, um golpe de Estado ou simplesmente com uma nova Constituição, somente a Constituição e algumas leis essenciais são alteradas. A maior parte do ordenamento jurídico permanece a mesma. Não há uma criação de Direito inteiramente nova, mas “recepção” (“*Rezeption*”) das normas existentes conforme a nova Constituição. Ele considera esta recepção também como produção de direito, mas sob um novo fundamento de validade. Na visão de Kelsen, neste caso, o fundamento de validade deixaria de ser a Constituição histórica, original e passaria a ser a nova Constituição, mudando a proposição da norma fundamental<sup>59</sup>.

Voltamos ao nosso exemplo: a validade, hoje, do “Código C” de 1850 na República Democrática do “País B”. Como este Código ainda é válido? Como uma lei de um Estado e forma de governo totalmente diferentes ainda permanece válida? O fenômeno da “recepção” lembrado por Kelsen faz-se presente neste caso, também. É impossível, em sociedades complexas e com ordenamentos jurídicos robustos, termos a

---

<sup>58</sup> No original: “*In verkürzter Form: Man soll sich so verhalten, wie die Verfassung vorschreibt*” (KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2.ed. Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1992, p.204).

<sup>59</sup> É preciso refletir se é realmente a proposição que muda, ou muda a referência a uma ou outra Constituição? Comparar páginas 200 e 234 da edição portuguesa (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2006).

renovação de todo um ordenamento a cada nova Constituição. Se uma lei não é expressamente revogada por outra, ela permanece válida. Se mudar a Constituição, os funcionários do sistema verificarão se uma determinada lei foi ou não “recepcionada” pela nova ordem constitucional. Kelsen afirma que a recepção é também um fato produtor de direito. Na perspectiva de Hart, podemos dizer que a regra de reconhecimento alude a este complexo de fatores: a legislação, os costumes e os precedentes criados por determinados *officials* do sistema. Com Hart, podemos afirmar que somente um complexo de fatores pode nos justificar qual a identificação do direito neste caso: um conjunto de costumes compartilhados, uma longa aceitação compartilhada de um conjunto de costumes que passam a ser legislados e decididos por *officials* do direito daquela sociedade. O fundamento de validade do direito não repousa somente e estritamente na legislação, mas é nela que encontramos uma espécie de “bússola” da validade: a legislação é a bússola, a regra de reconhecimento ou a norma fundamental é o norte magnético do sistema legal. A partir deste “norte”, podemos observar que os critérios de identificação do direito não são meramente “legislativos”. Ambos os pensadores em questão assinalam que, seja na regra de reconhecimento, seja na norma fundamental, o fundamento do direito não é exclusivamente legislativo, apesar de a lei ser uma das fontes principais dos sistemas legais escritos de sociedades complexas.

Nas notas no final da obra *O Conceito de Direito*, Penelope Bulloch e Joseph Raz fazem um comparativo entre a regra de reconhecimento de Hart e a norma fundamental de Kelsen. Há semelhanças e diferenças. A semelhança reside, basicamente, no ponto em que ambas são a norma ou regra básica do sistema. A partir delas ocorre a “identificação” do direito. As diferenças mencionadas dizem respeito à filosofia e às influências de um e outro: a norma fundamental de Kelsen é dita pressuposta e explicitamente tomada como um fundamento lógico-transcendental do sistema (influência Kantiana), enquanto a regra de reconhecimento é empírica e complexa. Objetivamente, a regra de reconhecimento é uma “questão de fato” enquanto a norma fundamental é uma “norma”. Kelsen elabora uma proposição com o que seria sua norma fundamental (“devemos nos conduzir como a Constituição prescreve”), enquanto Hart deixa-a em aberto, simplesmente mencionando possíveis critérios (a legislação, costumes e precedentes atuando em aceitação compartilhada pelos partícipes do sistema). Entretanto, a função de ambas é semelhante: servem para a identificação do direito, guiam-nos para o conceito de direito e para o que é um sistema de direito válido,

i.e., composto de normas ou regras válidas. Raz, ao mesmo tempo em que critica a norma fundamental de Kelsen (crítica que pode ser devidamente relativizada) por “obscurecer” a ideia de sistema jurídico com um apelo a uma norma “pressuposta” ou “hipotética” ou “última”, afirma, por outro lado, que a regra de reconhecimento, normalmente, não é “explícita” (não há uma pergunta direta sobre ela), mas é como se fosse pressuposta tacitamente em virtude de ser uma regra existente a partir da aceitação compartilhada. Raz, por fim, chega a mencionar que elaborar o conteúdo de uma norma fundamental como faz Kelsen seria inapropriado em um sistema como o inglês com uma “Constituição viva”<sup>60</sup>. Ainda que comportando diferenças agudas no entendimento da norma básica do sistema, Hart e Kelsen dirigem-se aos mesmos conceitos: direito, validade, norma válida e sistema ou ordenamento jurídicos são conceitos muito caros ao positivismo jurídico, perspectiva comum a ambos os pensadores em questão.

## 2.6 SOBRE O CONCEITO DE DIREITO, DIREITO E MORAL E AS CRÍTICAS AO POSITIVISMO NO DEBATE HART-DWORKIN

O positivismo jurídico cresceu e se estabeleceu principalmente por sua busca incessante de um conceito de direito e a construção de uma teoria do ordenamento jurídico. Tais elaborações são inegáveis e não podem ser abandonadas por decreto. Atualmente, constata-se que o positivismo buscou o chamado “conceito autônomo de direito”, ou seja, uma definição de direito que não necessariamente se utilize da moral e da política. Esta pretensão do positivismo foi denominada “tese da separação”. De outro lado, as correntes que pretendem a relação entre direito e moral são tratadas como “tese da vinculação”.

De modo breve, vamos recuperar as linhas gerais do grande e clássico debate entre Dworkin e Hart, o qual impulsionou a retomada do positivismo e sua reação crítica. Para Dworkin, o “esqueleto” do positivismo é o seguinte:

a) o direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais (que dependem do *pedigree*) que servem para determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Este conjunto de regras é o direito;

---

<sup>60</sup> HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. 5.ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p.275. Verificar, adiante, a diferença de sistemas ou famílias de direito em que estavam inseridos os dois autores: Hart em um sistema de *Common Law* sem uma Constituição escrita e Kelsen em um sistema românico-germânico (*Civil Law*) com Constituição escrita e vinculante.

b) Dizer que alguém tem uma “obrigação jurídica” é dizer que seu caso se enquadra em uma regra válida. Não havendo regra, não há obrigação <sup>61</sup>. Dworkin lança um ataque geral contra o positivismo e usa a versão de Hart como alvo.

Dworkin era um dos defensores da questão dos princípios na teoria do direito. É conhecidíssima sua distinção entre regras e princípios. Basicamente, as regras são aplicáveis sob a forma “de tudo ou nada”, ou são válidas ou não são; já os princípios determinam fundamentos e possuem a dimensão do peso e da importância e, ainda, as regras ditam resultados enquanto os princípios inclinam a decisão em uma direção e permanecem intactos quando não prevalecem <sup>62</sup>.

Na sua abordagem, o direito no viés positivista ou não consegue resolver uma série de casos chamados “difíceis” (*hard cases*) ou apela para a “discricionariedade” do juiz. Cabe ao juiz, portanto, “escolher” quais os padrões ou princípios morais aplicáveis quando não há uma regra válida aplicável. O positivista conclui que esses princípios e políticas não são regras válidas de uma lei acima do direito. São padrões extrajurídicos que cada juiz seleciona no exercício de sua “discricionariedade”. Dworkin vai além, afirmando que não é possível adaptar a versão de Hart do positivismo modificando a regra de reconhecimento para incluir princípios. Na teoria dworkiana do direito não cabe o positivismo. Ele não concorda com o teste do *pedigree* e com o uso da “discricionariedade” do juiz para resolver os “casos difíceis”. Por outro lado, deve-se optar pelo melhor princípio moral vigente, equânime e coerente com a tradição.

Dworkin remonta à história comparada do direito norte-americano e do inglês, afirmando que os antecedentes do direito norte-americano são mais complexos: “nossos tribunais desempenharam um papel mais amplo que os tribunais ingleses na reformatação do direito no século XIX às necessidades da industrialização e a nossa Constituição transformou em questões legais problemas que na Inglaterra eram apenas políticos” <sup>63</sup>. Em mais de um momento de sua obra, Dworkin afirma que o sistema constitucional norte-americano baseia-se em uma teoria moral específica: os homens têm direitos morais contra o Estado <sup>64</sup>. Ou em uma versão mais ampliada: o direito tem uma função “mais ambiciosa” do que a preconizada pelo positivismo: os cidadãos têm

---

<sup>61</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.27-28.

<sup>62</sup> É farta e longa a bibliografia criticando a distinção entre regras e princípios de Dworkin e propondo outras. Citamos, a título ilustrativo, a obra de Ávila: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>63</sup> DWORKIN, *op.cit.*, p.6.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p.231.

direitos e deveres contra o Estado e outros cidadãos mesmo que estes direitos e deveres não estejam claramente estabelecidos. As decisões judiciais têm que ser uma questão de princípio <sup>65</sup>.

Enfim, claramente podemos afirmar que Dworkin atinge uma tese central do positivismo: a admissão e fundamentação de uma norma fundamental (Kelsen) ou norma de reconhecimento (Hart). A norma fundamental ou de reconhecimento tem um papel nobre no discurso positivista, qual seja, ou serve para pressupor a validade última do sistema ou serve para determinar o que é o direito daquela sociedade (identificação e existência de regras jurídicas). É deste tipo de tese que Dworkin saca ironicamente a expressão “teste do *pedigree*”. O direito, no positivismo, refere-se a um conjunto de regras ou normas válidas, as quais remontam, em último grau na escala, à norma fundamental ou regra de reconhecimento.

Além disso, toda a sua teoria busca fundamentar a necessária relação entre direito e moral. Em suas palavras, a teoria do direito deve se utilizar do argumento moral, enfrentar os “casos difíceis” (dramáticos; insólitos) como problemas de teoria moral <sup>66</sup>. Ou de outra forma: “a Constituição funde questões jurídicas e morais, fazendo com que a validade de uma lei dependa da resposta a problemas morais complexos, como o problema de saber se uma determinada lei respeita a igualdade inerente a todos os homens” <sup>67</sup>.

Herbert Hart elaborou um conhecido *Pós-escrito* da sua monumental obra *O Conceito de Direito* para responder a Dworkin. A princípio, Hart defende que sua teoria do direito é geral e descritiva, visto que não está ligada a nenhum sistema e cultura jurídica concretos, é moralmente neutra e não tem propósitos de justificação. Já a teoria do direito de Dworkin seria uma teoria de avaliação e justificação dirigida a uma cultura jurídica concreta, bem como caracteriza-se como “interpretativa” <sup>68</sup>.

Hart faz outras afirmações lapidares dignas de nota:

a) considera um erro de Dworkin considerá-lo um “positivista meramente factual”, visto que se considera um “positivista moderado” (*soft positivism*), já que reconhece explicitamente que sua “regra de reconhecimento pode incorporar, como

---

<sup>65</sup> Ibidem, p.518 e 533.

<sup>66</sup> Ibidem, p. 9 e 12.

<sup>67</sup> Ibidem, p.285.

<sup>68</sup> HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. 5.ed. Trad. de A.Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p.300-301.

critérios de validade jurídica, a conformidade com princípios morais ou com valores substantivos”<sup>69</sup>;

b) as regras e os princípios têm, muitas vezes, o que chama de “textura aberta”, tornando o direito parcialmente indeterminado ou incompleto, devendo os tribunais exercer a criação do direito a partir do que designa como “discrecionabilidade judicial” (*discretion*)<sup>70</sup>;

c) entende possível conciliar sua teoria do conceito de direito com os princípios jurídicos e com o “teste do *pedigree*”, salientando, inclusive, a sua distinção entre regras e princípios. Contudo, Hart concorda que falou pouco sobre princípios jurídicos em sua obra<sup>71</sup>. Neste sentido, ele afirma que alguns princípios básicos como “ninguém pode aproveitar-se do seu próprio ilícito” (um dos exemplos de Dworkin) “são identificados como direito pelo teste do *pedigree*, na medida em que têm sido invocados de forma coerente pelos tribunais, em séries de casos diferentes”<sup>72</sup>.

Na visão de Hart, a diferença fundamental entre sua teoria jurídica e a de Dworkin, ocorre na questão entre direito e moral. Apesar de Hart suscitar em vários momentos de sua obra (o que é esquecido ou não observado pelos críticos), as mais variadas relações e intimidades entre direito e moral<sup>73</sup>, ele defende que a “existência e o conteúdo do direito podem ser identificados por referência às fontes sociais do direito (p.ex., legislação, decisões judiciais, costumes sociais), sem referência à moral, exceto quando o direito assim identificado, tenha, ele próprio, incorporado critérios morais para a identificação do direito”<sup>74</sup>.

Como mencionamos anteriormente, os diagnósticos do positivismo identificam claramente esta tese: o conceito de direito (identificação) deve ser investigado e elaborado sem a necessária referência à moral. Isto não quer dizer que o direito não tenha relações com a moral. Aliás, vários pensadores, de filósofos a juristas, têm seguidamente refletido sobre o tema<sup>75</sup>. Ambos afirmam que ninguém nega as relações, semelhanças e intimidades entre direito e moral (as quais começam com a própria linguagem), mas isto não quer dizer que o conceito de direito deva ser elaborado com

---

<sup>69</sup> Ibidem, p. 312.

<sup>70</sup> Ibidem, p. 314.

<sup>71</sup> Ibidem, p. 321-325.

<sup>72</sup> Ibidem, p. 327.

<sup>73</sup> O capítulo IX do *Conceito de Direito* chama-se “Direito e Moral”, no qual são trabalhados o “conteúdo mínimo do direito natural” e a “influência da moral sobre o direito”.

<sup>74</sup> Ibidem, p.332. Ver, anteriormente, nota de rodapé 44.

<sup>75</sup> Jürgen Habermas, Neil MacCormick e os autores do positivismo exclusivo como Joseph Raz e inclusivo como Jules Coleman e Wilfrid Waluchow são exemplos.

elementos da moralidade, ainda mais na seara de um positivismo conceitual ou de uma teoria “pura” do direito. Na evolução atual, os adeptos do positivismo inclusivo afirmam que não há relação “necessária” entre direito e moral, mas há relação “possível” (contingente) entre eles, enquanto os defensores do positivismo exclusivo afirmam que não há efetivamente relação entre direito e moral no nível conceitual ou de identificação do direito válido.

Na verdade, a relação inevitável entre direito e moral é aquela referente à força moral da lei e do direito: a função de regular ou orientar a conduta em sociedade e tornar possível um comportamento coletivo padronizado (ou perto disso). Este comportamento torna possível a boa vida, o bem viver, a vida, a liberdade, a igualdade (temas permanentes da moral). A desconsideração da lei e a deterioração massiva da obediência ou do valor da lei levam a uma deterioração do comportamento coletivo e da previsibilidade da conduta. Hart tangencia o tema ao abordar o “conteúdo mínimo do direito natural”. Outros positivistas, como Joseph Raz, também concordam que há relação inevitável entre direito e moral no que se refere a uma “moral costumeira”, ou seja, há um conjunto de costumes que forma o padrão de conduta. O direito, para ser minimamente eficaz, não pode se afastar completamente deste conjunto. Este pensamento também pode ser encontrado em Kelsen. Portanto, é preciso colocar nos devidos termos a famosa “tese da separação entre direito e moral”, popularizada como um dos pilares do positivismo jurídico. Em primeiro, a separação não é absoluta e nunca foi, beirando ao absurdo a defesa desta separação. Esta defesa é fruto de uma caracterização errônea ou “manualesca” do positivismo jurídico. Em segundo, o debate centra-se no seguinte: existem critérios morais específicos definidores do direito? O critério moral é um critério de fonte do direito? Como caracterizar ou conceituar o direito sem confundi-lo com a moral?

Dworkin afirma, por fim, que no momento em que o positivismo jurídico depende da tese dos fatos sociais, não há como sustentar que determinados conflitos jurídicos (“*hard cases*”) possam encontrar uma resposta em fatos sociais já existentes. A resposta estaria além dos fatos existentes, estaria em determinados princípios de moralidade. A resposta positivista discorda que tais princípios sejam definidores do direito porque, na perspectiva exclusivista: 1) a regra de reconhecimento não pode confundir direito e moral, uma vez que ela é a regra secundária, fundamental e última. Confundir direito e moral seria trazer um critério substantivo para dentro de um critério formal ou seria um retorno a um sistema de regras primárias, pré-estatal, no qual não

são definidas as regras de alteração, julgamento e regras de reconhecimento; e 2) os princípios de moralidade podem ser aceitos como legalmente válidos para resolver um conflito, mas não como pertencentes a um sistema legal (legalidade).

Atualmente, após vários anos de maturação deste debate e uma farta bibliografia secundária, pode-se afirmar que foi um erro de Dworkin afirmar que o positivismo é simplesmente um “sistema de regras”. Dworkin, agindo assim, criou um espantinho do positivismo jurídico. Os próprios positivistas – incluindo os clássicos – nunca negaram a variedade de padrões normativos formadores do direito, desde que passem pela regra de reconhecimento. Dentro destes padrões normativos estão, por certo, o que Dworkin chama de princípio. Esta crítica tacitamente foi assumida pelo próprio Dworkin que abandonou este argumento de ataque ao positivismo, criando outros.

Na verdade, o cerne do debate refere-se à importância e função da moral na identificação do direito. Enquanto os positivistas divergem sobre a posição da moral (via princípios) na definição do direito (debate exclusivistas x inclusivistas), Dworkin afirma que estes padrões normativos (princípios) são necessários para aplicação do direito e, portanto, fazem parte do sistema jurídico. Para Dworkin, os padrões normativos presentes no direito interagem obrigatoriamente com a moral, visto que o direito é insuficiente, lacunoso e sujeito a aplicações moralmente questionáveis, fundado meramente no sistema de regras ou na visão positivista do sistema.

Outra conclusão filtrada deste debate é a seguinte: enquanto os positivistas clássicos pretenderam estabelecer um conceito de direito a partir de critérios identificadores do direito (norma fundamental; regra de reconhecimento), Dworkin não tem esse objetivo, preferindo centrar-se na aplicação do direito, tanto que caracteriza sua teoria como “interpretativismo construcionista”. Nesta teoria, o foco são os “casos”, principalmente os “*hard cases*”, nos quais são buscados os melhores princípios morais para resolvê-los. Então, o debate famoso Hart-Dworkin tem um descompasso de origem: os positivistas privilegiam a busca do conceito e não construíram adequadamente uma teoria da interpretação e dos princípios, enquanto Dworkin e seguidores destacaram e aprofundaram estes últimos pontos. Ultrapassando o descompasso, o que resta é, novamente, o papel da moral na identificação ou não do direito.

## 2.7 O NASCIMENTO DA CISÃO ENTRE POSITIVISMO JURÍDICO INCLUSIVO E O POSITIVISMO JURÍDICO EXCLUSIVO

O divisor de águas de um novo debate e propostas de classificação do positivismo jurídico é o filósofo britânico Herbert Lionel Adolphus Hart, a partir de sua notável obra *O conceito de direito*, publicada em 1961. Hart que, em escritos avulsos anteriores, sempre tinha se autodenominado um “positivista jurídico”, na esteira da tradição do positivismo jurídico inglês, de Jeremy Bentham e John Austin, anunciou o “positivismo jurídico *soft*” no famoso “Pós-escrito” da obra *O Conceito de Direito*. O *Pós-escrito* em questão surgiu a partir das críticas de Ronald Dworkin à Hart. Os artigos de Dworkin com as críticas – “O modelo das regras I e II” – foram escritos em 1967 e 1972 e fazem parte da obra *Levando os direitos a sério*, publicada em 1977.

Um dos pontos fulcrais deste novo debate está na relação entre direito e moral e na natureza e conteúdo da regra de reconhecimento. A identificação do direito depende de critérios morais? A regra de reconhecimento do sistema jurídico utiliza ou aceita critérios morais para a definição do direito? Não há relação entre a regra de reconhecimento e a moralidade? Pode ou deve haver relações entre a regra de reconhecimento e a moralidade? Apesar de Hans Kelsen tratar do tema em suas obras, foi a partir da obra seminal de Hart que surgiu todo um conjunto de correntes e literatura sobre o debate, principalmente a classificação entre positivismo jurídico inclusivo e exclusivo. Possivelmente, este contexto criou-se em função da língua, do debate Hart e Dworkin e do crescimento dos comentadores deste debate. Não foi a partir de Kelsen que se criou a distinção entre positivismo jurídico inclusivo e exclusivo. Para Kelsen, direito e moral são sistemas normativos muito semelhantes, mas o que caracteriza principalmente o direito é a forma de sua coercibilidade, ou seja, o direito possui sanções típicas e instituições responsáveis pela aplicação destas sanções (temas aprofundados por um defensor atual do positivismo jurídico exclusivo: Joseph Raz)<sup>76</sup>. Em outras palavras, tratar direito e moral como sistemas normativos e admitir uma série de relações entre direito e moral é um tema típico do positivismo jurídico contemporâneo, apesar de possíveis compreensões equivocadas constantemente divulgadas sobre esta teoria.

Entende-se que o positivismo jurídico inclusivo surgiu, basicamente, de duas passagens de *O Conceito de Direito* de Hart. A primeira passagem reside no Capítulo

---

<sup>76</sup> Entendimento também, claramente, seguido por Norberto Bobbio em sua *Teoria da Norma Jurídica*.

IX desta obra, justamente intitulado “Direito e moral”, em um sub-tópico chamado “a influência da moral sobre o direito”. Nesta passagem, Hart afirma que em determinados sistemas jurídicos como o norte-americano, os “critérios últimos de validade jurídica incorporam (*incorporate*) explicitamente princípios de justiça ou valores morais substantivos”<sup>77</sup>. Em maior medida visto que não possui uma Constituição escrita e não há limitações formais ao poder legislativo supremo, admite, também, que o sistema inglês pode ser conforme a justiça e a moral.

A segunda passagem encontra-se no *Pós-escrito*, na resposta à Dworkin, no qual Hart fala explicitamente em um “positivismo moderado”. Aqui, Hart afirma que “a regra de reconhecimento pode incorporar (*incorporate*), como critérios de validade jurídica, a conformidade com princípios morais ou com valores substantivos”<sup>78</sup>. Neste momento, ainda que de forma antecipada, cabe um alerta reflexivo: este é um ponto importante na cisão entre inclusivistas e exclusivistas – Hart acertou ou não aqui? – os exclusivistas afirmam que a regra de reconhecimento não apresenta critérios morais, a regra de reconhecimento é uma convenção constitutiva sobre como os *officials* entendem o direito, sobre como aceitam o direito, e uma convenção constitutiva, justamente por se constituir algo, não pode ser limitada por este “algo”; a regra de reconhecimento não define o *pedigree*; admitir isso seria confundir a regra de reconhecimento com uma Constituição.

Entretanto, é preciso observar o seguinte: Hart, assim como todos os grandes defensores do positivismo, nunca negaram as relações entre direito e moral. Portanto, é preciso muito cuidado ao falar da separação entre direito e moral como uma tese do positivismo jurídico. Hart afirma no início do mesmo Capítulo IX de *O Conceito de Direito* que são muitas as relações entre direito e moral. Ora, o direito de uma sociedade é uma evolução de regras costumeiras desta sociedade. Este direito, portanto, está repleto de noções e palavras referentes à moral. A ideia mínima de igualdade perante a lei é uma referência a um tema moral. Para manter um mínimo de eficácia (um tema caro a Kelsen) ou ter aceitação (Hart), o sistema jurídico obviamente não pode estar descolado de um conjunto de costumes construídos pela sociedade específica daquele sistema. Neste sentido, também, o direito de ser livre e o conteúdo mínimo do direito

---

<sup>77</sup> HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. 5.ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p.220.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p.312.

natural em Hart, no qual estão presentes as regras de ouro da convivência humana a respeito da proteção à vida.

A partir de Hart, então, abriram-se as seguintes principais correntes: a) positivismo jurídico inclusivo: baseado no Hart do Pós-escrito e defendida por Wilfrid Waluchow, Jules Coleman e Kenneth Himma; b) positivismo jurídico exclusivo: defendida por Joseph Raz, Scott Shapiro e Andrei Marmor. Ao lado destas, existem outras duas que não alcançaram a mesma importância: c) aqueles que reafirmam um positivismo jurídico hartiano (pré-inclusivo): baseado no Hart do texto original do *Conceito de Direito* e defendida por David Lyons e Phillip Soper; d) o positivismo jurídico “normativo” (ou ético): Neil MacCormick, Jeremy Waldron e Frederick Schauer (positivismo jurídico “presumido”).

Inicialmente, o positivismo jurídico inclusivo surgiu, como vimos acima, influenciado por aquelas passagens em que Hart admite que o sistema jurídico pode incorporar critérios morais ou valores substantivos para a identificação do direito. O positivismo jurídico inclusivo é, portanto, um tipo de positivismo jurídico que admite uma relação possível (contingente) entre direito e moral a partir da regra de reconhecimento. A moral será um critério identificador do direito. Além de derivar de *O Conceito de Direito* de Hart, esta corrente cresceu em virtude das respostas a Dworkin, para quem o positivismo jurídico seria incompatível ou inconciliável com princípios de moralidade política.

Na outra ponta, o positivismo jurídico exclusivo nega que a moralidade seja critério identificador do direito, apontando que a regra de reconhecimento não se confunde com a Constituição de um determinado sistema jurídico e que há diferença entre a regra de reconhecimento e o *pedigree* apontado por Dworkin.

O positivismo jurídico normativo (ou ético), por sua vez, é uma cisão na teoria tradicional do positivismo jurídico. Ao mesmo tempo em que destaca o papel primordial da legislação nas fontes do direito, não aceita que positivismo jurídico seja simplesmente uma “descrição” de um sistema jurídico existente. O positivismo jurídico teria um caráter “prescritivo”, no sentido de pensar e avaliar leis para determinados objetivos daquela sociedade (o bem comum, democracia).

O debate envolvendo estas versões do positivismo jurídico e o jusmoralismo de Dworkin é um debate de mais de 40 anos na filosofia de língua inglesa e pouco acompanhado, no Brasil, até recentemente. Esquemáticamente, este debate compõe-se: 1) da publicação de *O Conceito de Direito* de H. L. A. Hart (1961); 2) o contra-ataque

de Ronald Dworkin nos artigos (1967-1972) que passaram a fazer parte da obra *Levando os direitos a sério* (1977), a “Resposta aos críticos” de Dworkin de 1977, constante da mesma obra; 3) o *Pós-escrito* de Hart ao final de *O Conceito de Direito* (1994); 4) em paralelo, as obras de destaque entre exclusivistas e inclusivistas: *Practical Reason and Norms* (1975) e *The Authority of Law* (1979) de Joseph Raz; *Inclusive Legal Positivism* de W. Waluchow (1994); *Markets, Morals and Law* (2001) de Jules Coleman e *Positive Law and Objective Values* (2001) de Andrei Marmor<sup>79</sup>.

## 2.8 O POSITIVISMO JURÍDICO E A “TESE DA FILTRAGEM DE ORIGEM”

Em face das inúmeras relações entre direito e moral que nos fazem rever a chamada “tese da separação” entre direito e moral do positivismo jurídico, vamos traçar uma série de relações e separações envolvendo o tema com o objetivo de expandi-lo nos capítulos seguintes:

1 - Há moral “antes” do direito. O direito, inicialmente, é uma formalização de costumes. Basta pensarmos nas relações sociais mais antigas e básicas e nos costumes e institutos jurídicos decorrentes, p.ex., as relações de família/casamento/filiação; as sucessões; os contratos e a propriedade. Temos a chamada “moral costumeira”. A convivência do homem em sociedade impôs o estabelecimento de regras para esta série de relações. Estas regras formam o “costume”. Em uma determinada etimologia, os costumes (“mores”) estão vinculados à “moral”. Prevalece, em alguns sistemas, um direito chamado “consuetudinário” e, ainda, a maioria dos sistemas jurídicos admite os “costumes” como meio de decisão em determinados casos, ainda que de maneira secundária, para resolver lacunas.

Assim, de maneira genética, o direito é uma formalização de costumes. Uma formalização que, inicialmente, era incipiente, ligada a alguma forma de publicizar a lei aceita por aquela sociedade e vinculada a alguma autoridade do grupo social. Há um velho jargão latino que diz que “onde não há sociedade, não há direito”. O direito nasce da relação intersubjetiva, da exterioridade observada nesta relação. Por outro lado, a moral pode existir em uma consciência individual, no pensamento interior da pessoa. Há filósofos contemporâneos que exploram e defendem este aspecto como, p.ex., Iris

---

<sup>79</sup> Ver: COLEMAN, Jules. *Markets, Morals and Law*. Oxford: OUP, 1998.; MARMOR, Andrei. *Law positive and objective values*. New York: Oxford University Press, 2001; RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 1979 e RAZ, Joseph. *Practical Reason and Norms*. New York: OUP, 1999.

Murdoch<sup>80</sup> e a diferença exterioridade-interioridade entre direito e moral foi apresentada por Kant<sup>81</sup>.

A filosofia moral de Iris Murdoch pode ser ilustrada com o exemplo da mãe (sogra) e da nora. Na obra *The sovereignty of good*, no primeiro texto – *The ideia of perfection* – Iris Murdoch adota o exemplo de uma “mãe” (que ela chama “M”) e uma “nora” (que ela chama “D”, de “*daughter-in-law*”). O exemplo narra todo o diálogo interno de “M” sobre sua nora ao longo do tempo (o aspecto histórico e de progresso da avaliação moral é importante). “M” avalia “N” como uma pessoa “vulgar”, “agitada”, “indigna”, “barulhenta”, “cansativamente juvenil”, concluindo que seu filho casou com uma pessoa “fora dos padrões adequados”. Entretanto, o diálogo continua no tempo e “M” questiona suas primeiras avaliações. Este questionamento poderia ter ocorrido depois que o casal se mudou ou até mesmo se “N” já tivesse morrido. “M” passa a dizer-se que “N” era apenas uma jovem “alegre”, “expansiva”, “espontânea”, “cheia de juventude”. É importante grifar que toda esta avaliação ocorre no plano interno, i.e., no interior de “M”, é fruto da consciência e da individualidade de “M”. As comentadoras que seguem de perto a obra de Murdoch afirmam que este exemplo é lapidar para identificar a filosofia moral de Murdoch e quais os seus contrapontos à filosofia moral em vigor. Murdoch, assim, amplia o domínio dos dados relevantes da investigação ética para incluir a atividade da autoconsciência. É um exemplo de atividade moral mesmo que nenhuma “ação” real tenha lugar. “M” está fazendo algo, é ativa, mesmo que nada mude no plano externo. Ocorre o contraponto a Hampshire e às correntes behavioristas-linguísticas: para estas, os conteúdos mentais só existem ou têm valor quando há expansão ou manifestação externa. Eles consideram que os pensamentos ou eventos mentais internos são como sombras de decisões externas, sem nenhum tipo de relevância moral particular. Por pensar assim, Hampshire acreditava que o filósofo moral devia se deter na ação e naqueles aspectos envolvidos na ação (como deliberação) que pudessem ser objetivados ou reconhecidos publicamente por todos. As outras coisas que acontecem e que não viram linguagem, para ele, não eram relevantes. Assim, nesta perspectiva, há recusa em aceitar o que acontece na mente de “M” como moralmente relevante. Entretanto, para a filosofia moral de Murdoch, o que acontece em uma situação ordinária de uma mãe refletindo privadamente sobre a escolha da mulher do

---

<sup>80</sup> MURDOCH, Iris. *The Sovereignty of Good*. London and New York: Routledge, 2001.

<sup>81</sup> KANT, Immanuel. *Introdução ao estudo do direito: doutrina do direito*. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2007.

filho é um exemplo de “atividade moral”, mesmo que nenhuma ação ocorra. O exemplo é ilustrativo, também, de uma série de termos que são chaves para o entendimento e desdobramento da filosofia moral de Murdoch, tais como: “*vision*”, “*picture*”, “*attention*” (afora outros termos relacionados à visão como “*look again*”). Assim, a moralidade interna surge na reflexão da conduta, em avaliações interiores, mentais sobre determinadas ações ou sobre a valoração de ações e pessoas, relacionando-se com fenômenos como “culpa”, “remorso”, “preocupações”, melhoria de uma conduta para o futuro, busca do bem viver individual.

Neste aspecto, a moral é anterior e mais ampla do que o direito. E neste aspecto não tem sentido falar em “separação entre direito e moral”. Na origem e na base, direito e moral estão interligados e se influenciam. Esta situação não é estranha aos próprios positivistas clássicos como Hans Kelsen e H.L.A. Hart. A famosa tese da separação entre direito e moral atribuída aos positivistas – possivelmente derivada do conhecido artigo de Hart de 1958<sup>82</sup> – deve ser vista *cum grano salis*.

2 - Há moral “depois” do direito – é a moral derivada do uso de princípios em decisões judiciais, princípios que Dworkin chama de “princípios de moralidade política”. Em suas principais obras de crítica ao positivismo jurídico, Dworkin apresenta uma série de casos judiciais nos quais foram usados princípios para resolvê-los. O mais conhecido deles é o caso *Riggs vs. Palmer* (1889): o neto-herdeiro da grande parte dos bens do avô que o assassina por envenenamento após o segundo casamento do avô, com medo de perder a herança. A lei não previa esta situação como causa de perda da herança, mas a Corte adotou um princípio que foi vencedor: “ninguém deve beneficiar-se do seu próprio erro”. Na primeira perspectiva de Dworkin, o direito fundado em regras é insuficiente para resolver casos considerados “difíceis” e deve haver o apelo a princípios de moralidade política. Assim, separar o direito da moral é algo pueril para o moralismo jurídico. Na segunda perspectiva de Dworkin, após os positivistas afirmarem que nunca negaram a presença e a utilização de princípios nos ordenamentos, o apelo aos princípios é mais sofisticado. Nesta versão, Dworkin afirma que há duas teorias do direito em combate: uma teoria do direito como “visão plana dos fatos” (“*plain-fact view of law*”) – o positivismo – a qual não admite ou oculta a controvérsia existente sobre o entendimento do direito e uma teoria que assume a controvérsia sobre o que

---

<sup>82</sup> HART, Herbert L. A. O positivismo e a separação entre o Direito e a Moral. In: HART, H.L.A. *Ensaios sobre teoria do direito e filosofia*. Tradução José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.53-96.

pode ser o direito. Esta segunda teoria afirma que há, principalmente em casos difíceis, uma divergência teórica sobre o direito que aflora, sendo necessária uma construção interpretativa sobre o que é o direito no caso. A interpretação construtiva do direito para o caso não depende somente das regras e princípios do sistema, mas depende da relação entre direito e moral. Por certo, dependerá da visão moral dos julgadores, ocorrerá uma disputa de fundamentos e uma busca da melhor decisão moral justificada. Neste sentido, Dworkin chega a afirmar que o direito constitucional é um exercício de filosofia moral. Outra revelação de Dworkin é que ele não busca um conceito puro, separado, definidor de direito “em abstrato”. O conceito de direito será revelado na interpretação construtiva de casos difíceis, fruto da controvérsia de base.

Por outro lado, os opositores de Dworkin, mais ao lado do positivismo jurídico, não negam a relação entre princípios de moralidade e decisões judiciais, mas reafirmam o fato de que não é qualquer princípio, em qualquer situação que pode ser usado. Na verdade, quem busca e fundamenta o uso do princípio é um *official* do sistema que detém autoridade para fazê-lo. Certamente, o direito é controverso e estas controvérsias afloram e se destacam em casos difíceis, mas existem instituições e pessoas dotadas de autoridade para decidir qual o fundamento e qual o princípio será utilizado para resolver a controvérsia <sup>83</sup>.

3 - Mas o direito não é a mesma coisa que a moral. Ora, não podemos confundir direito e moral. Existem critérios identificadores do direito. Tanto no âmbito da filosofia como no direito, tradicionalmente, não há dúvida sobre a diferença conceitual entre direito e moral. Por certo, as teses sobre as relações entre direito e moral ou, até mesmo, sobre a confusão entre direito e moral surgiram no final do século XX devido à peculiaridade das decisões de uma área do direito essencialmente ligada a questões morais: o direito constitucional.

4 - Há uma “filtragem de origem” do direito – e a partir dela se retiram os critérios identificadores do direito: - o direito exerce um tipo de coerção institucionalizada; - a criação, concessão, a decisão sobre direito ocorre de maneira institucionalizada; - existem instituições de criação, alteração e aplicação do direito; - o

---

<sup>83</sup> Ver RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 1979.

direito trabalha com regras e as regras jurídicas devem se diferenciar de outros conjuntos de regras. Há um “isolamento sistemático” (Schauer) das regras do direito <sup>84</sup>.

A “filtragem de origem” do direito – é o que os positivistas tentaram construir em conceitos constantes de obras famosas como a “norma fundamental” da *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen e a “regra de reconhecimento” de *O Conceito de Direito* de H.L.A. Hart. Ou seja, um trabalho de busca de critérios identificadores do direito. O direito como sistema “dinâmico”.

A diferença entre Direito e Moral é estrutural, como afirma Gregorio Robles, depende do sistema ou âmbito de atuação e não da diferença entre tipos de regras. A moral pertence ao âmbito prático, no qual se encontram regras diretas de conduta, sem definição de órgãos, competências e procedimentos que constituam ou sejam necessários ao âmbito respectivo. O Direito pertence ao âmbito “ôntico-prático”, i.e., é instituído por convenções necessárias que criam o âmbito (ou convenções constitutivas em outras escolas). A caracterização do direito depende, então, de um conjunto de regras sobre sujeitos, órgãos e procedimentos. Não há apenas regras de conduta e elas não são simplesmente “diretas”. A aplicação e a execução das regras é mediata, depende dos órgãos e procedimentos, depende das normas de decisão e execução (ao lado das normas de conduta) <sup>85</sup>.

Este pensamento é seguido por Norberto Bobbio, na sua *Teoria da norma jurídica*: já foram traçadas variadas diferenças entre direito e moral, mas a diferença tende a fracassar quando se atém ao aspecto meramente formal do tipo de norma <sup>86</sup>. Ora, sabemos que tanto direito e moral são sistemas normativos que regulam e orientam a conduta humana. Se ficarmos na análise formal das regras, encontraremos grandes semelhanças entre os sistemas, inclusive no vocabulário utilizado. Tanto direito e moral lidam com regras deônticas, que estatuem deveres e obrigações. Entretanto, a questão merece ser melhor analisada. Não podemos diferenciar Direito e Moral a partir das regras? Em termos, a Moral caracteriza-se a partir de um determinado tipo de regra: a regra de conduta, a regra que estabelece uma determinada ação ou afirma qual ação é boa ou correta em determinada situação. É possível fazer uma diferença entre estes

---

<sup>84</sup> O positivismo “presumido” de F. Schauer: SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Oxford University Press, 1998, p.203.

<sup>85</sup> ROBLES, Gregorio. *As regras do direito e as regras dos jogos*. Ensaio sobre a teoria analítica do direito. Trad. de Pollyana Mayer. São Paulo: Noeses, 2011.

<sup>86</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 5. ed. Trad. Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. São Paulo: EDIPRO, 2014.

sistemas normativos a partir de determinadas regras: o Direito, além de regras de condutas (que os positivistas chamam de regras “primárias”), contempla regras que definem órgãos, instituições, poderes e funcionários do sistema que tratarão da criação, alteração, decisão e execução das normas (regras “secundárias”). Deste conjunto de regras praticamente a moral não trata.

Assim, duas situações importantes são percebidas: 1) é possível diferenciar Direito e Moral a partir de determinadas espécies de normas; 2) o esforço positivista em salientar, no Direito, este outro conjunto de normas, responsável pelo caráter institucional do direito e, também, pela criação, alteração e imposição de sanções. Deste segundo ponto, surge a “tese da filtragem de origem”: os positivistas dão-lhe o devido valor chamando-a de “tese das fontes”. A chamada separação entre direito e moral, portanto, não é uma separação real, total, mas uma separação a partir de um conjunto de normas que a moral não possui, ou, também, um conjunto de critérios objetivos de identificação do direito que é independente da moral. Uma separação que também ocorre a partir de um consenso original de criação do direito. Afastando-se estes dois pontos, temos as variadas relações entre direito e moral, como já apontamos. Cabe uma releitura do esforço positivista: em que termos ocorre a separação entre direito e moral no conceito positivista de direito?

### 3 OS DESAFIOS DO POSITIVISMO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO

#### 3.1 O DESAFIO DE DWORKIN

O principal desafio do positivismo jurídico contemporâneo é o chamado “desafio de Dworkin”. Ronald Dworkin é, no século XX, o responsável por atacar as bases teóricas do positivismo jurídico e, a partir disso, reorientar os rumos desta teoria a partir de sub-divisões no seu interior que tentam responder aos ataques.

Trata-se de um debate que se prolonga por mais de quarenta anos e tem mais de uma fase. Podemos, grosseiramente, esquematizá-lo assim: a) período inicial: as primeiras críticas ao positivismo jurídico constante da obra *O Conceito de Direito* de Herbert Hart. Estas críticas apareceram em um conjunto de artigos que, mais tarde, tornou-se a obra *Levando os direitos a sério* (período correspondente às primeiras edições das respectivas obras: 1961-1976). A primeira crítica é bastante incipiente, parte da distinção entre regras e princípios (posteriormente abandonada pelo próprio Dworkin) e trata o positivismo jurídico como um espantalho fácil de ser batido; b) período intermediário: a segunda e mais rigorosa crítica de Dworkin ao positivismo jurídico surge na obra *O Império do Direito* de 1986. Nesta obra, a teoria de Dworkin amadurece, abandonando a primeira crítica e atingindo os fundamentos do positivismo jurídico. É o período do “agulhão semântico” (*semantical sting*); c) períodos finais: as réplicas. A primeira réplica: a elaboração de Hart de um *Pós-Escrito* para *O Conceito de Direito* (1992). Outras réplicas: a formação das correntes contemporâneas do positivismo jurídico: o positivismo jurídico inclusivo (*soft* ou simplesmente “inclusivismo”), o positivismo jurídico exclusivo (*hard* ou simplesmente “exclusivismo”) e o positivismo jurídico (exclusivo) normativo. Este período corresponde a um conjunto de obras e autores tais como, principalmente, Joseph Raz, Jules Coleman, Wilfrid Waluchow, Andrei Marmor, Tom Campbell e Jeremy Waldron (entre final da década de 70-80 até os anos 2000)<sup>87</sup>.

Atualmente, observa-se que as críticas de Dworkin ao positivismo jurídico constituem duas frentes distintas e bem separadas temporalmente. A primeira destas críticas corresponde ao conteúdo dos artigos chamados de *O modelo das regras I e II*

---

<sup>87</sup> Na obra *A justiça de toga* (originalmente de 2006), Dworkin faz uma avaliação do debate, reafirmando suas críticas e sua teoria. Ver, principalmente, os capítulos 6, 7 e 8: *O pós-escrito de Hart e a questão da filosofia política, Trinta anos depois* e *Os conceitos de direito*. Haverá maior discussão nos próximos tópicos.

que, posteriormente, fariam parte da obra *Levando os direitos a sério*. A segunda destas críticas insere-se na obra *O império do direito* e convencionou-se chamar “agulhão semântico”.

Primeiramente, o positivismo jurídico, na visão de Dworkin, compreende três teses básicas: 1 – “o direito de uma comunidade pode ser identificado e diferenciado por critérios específicos, por testes que não se relacionam com o conteúdo, mas com a maneira ou o pedigree pelos quais foram desenvolvidos ou adotados” (tese do *pedigree*); 2) “o conjunto de regras legais válidas é exaustivo do ‘direito’, de tal maneira que se os casos não forem claramente cobertos por regras legais, não podem ser decididos pela aplicação do direito e, sim, pelo poder discricionário do juiz” (tese da discricionariedade); 3) “dizer que alguém tem uma obrigação legal, significa que ele está submetido a uma regra legal válida de fazer ou não fazer algo” (tese da obrigação)<sup>88</sup>.

É preciso lembrar, rapidamente, que Dworkin faz um “esqueleto” do positivismo jurídico para introduzir a sua diferença entre “regras” e “princípios” e como se aplicam diferentemente uns e outros: na forma de “tudo-ou-nada” (regras) e pelo “peso” ou “ponderação” (princípios). E, pela via dos princípios, a relação entre direito e moral. Segundo ele, o positivismo jurídico não comportaria o sistema dos princípios e sua relação genética com a moralidade política<sup>89</sup>.

Os positivistas em geral acreditam que Dworkin faz uma caricatura do positivismo. Pode-se encontrar algo do positivismo jurídico na primeira tese, mas não nas outras duas. Entretanto, falando das 3 teses: tese 1 – há discordância entre a tese do *pedigree* de Dworkin e a regra de reconhecimento de Hart. Os positivistas afirmam que Hart não é tão “específico” em relação à sua regra de reconhecimento e, ainda, ela se dirige aos *officials* do sistema, os quais têm autoridade para dizer o que é o direito a ser aplicado. Quanto à tese 2: é um péssimo desenho do positivismo jurídico dizer que ele

<sup>88</sup> SHAPIRO, Scott. The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide For The Perplexed. In: *Michigan Law. Public Law And Legal Theory*. Working Paper Series Working Paper n° 77 March 2007.

<sup>89</sup> A diferença entre princípios e regras de Dworkin, muito citada nos primeiros anos, foi, posteriormente, criticada e abandonada pelo próprio autor. Dworkin afirmava que a diferença é “de natureza lógica. [...] As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. [...] Mas não é assim que funciona com os princípios [...]. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm — a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam [...] aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia.” DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39-43.

afirma que todo o direito é um conjunto de regras legais válidas. O próprio Hart e o conjunto de autores positivistas nunca negaram que o direito comporta princípios. Ainda, eliminar a discricionariedade seria impossível em face da “textura aberta” da linguagem. Quanto à tese 3: assumir a tese 3 seria assumir que o ordenamento é composto somente de regras legais e que, portanto, não existem obrigações derivadas de princípios.

Para contrapor a regra de reconhecimento de Hart ao pensamento de Dworkin e, também, para ver como este conceito é capaz de influenciar as vertentes do positivismo jurídico atual (inclusivo x exclusivo) vamos lembrar as primeiras passagens de Hart sobre o tema. Antes, o seguinte: a regra de reconhecimento é um tipo de regra secundária, social, que serve como remédio para o veneno da “incerteza”. As regras secundárias (de alteração, julgamento e reconhecimento) tornam possível o sistema jurídico. Hart afirma que a existência de uma regra de reconhecimento pode tomar uma forma dentre uma vasta variedade de formas, simples ou complexas. Pode, como em um direito primitivo, tomar a forma de um texto escrito em um documento ou em um monumento, mas é crucial, para termos um sistema jurídico, não que seja escrito, mas que a inscrição ou o modo em que se realizam sejam “dotados de autoridade”. Em sociedades mais complexas, com um sistema jurídico mais desenvolvido, há uma referência a uma característica geral das normas primárias: o fato de serem legisladas por certo órgão, ou serem resultado de uma longa prática consuetudinária ou, ainda, fruto das decisões judiciais. Mais adiante, no Cap.VI de *O Conceito de Direito*, nos “Fundamentos de um sistema jurídico”, Hart repete a fórmula: a regra de reconhecimento refere-se a atos legislativos, práticas consuetudinárias e a decisões judiciais. Mais uma vez surge o pensamento de que esta regra configura-se a partir de uma aceitação por parte de particulares e funcionários de “critérios dotados de autoridade” para a identificação das regras primárias. Em suma, uma regra de reconhecimento:

- serve para a identificação das regras primárias de conduta;
- tem uma ligação estreita com regras de alteração;
- é uma regra secundária, social, que estabelece a unidade e o fundamento de um sistema jurídico estatal;
- é uma regra aceita e compartilhada por cidadãos e funcionários que estabelece critérios de identificação do direito dotados de autoridade.

Outro tema de debate entre Hart e Dworkin é a questão da “discricionariedade judicial”. Hart trata de poder discricionário no Cap. VII de *O Conceito de Direito*, chamado “Formalismo e ceticismo acerca das regras”. Depois, o tema será retomado no final do *Pós-escrito* em resposta a Dworkin. De início, temos que lembrar que o direito veicula padrões de conduta mediante a legislação e o precedente. Tais padrões de conduta são comunicados por regras escritas, portanto, podem existir, na fonte, problemas e incertezas próprios das palavras e expressões devidos à “textura aberta”<sup>90</sup>. Desta forma, o poder discricionário deixado pela linguagem ao aplicador da regra é muito amplo. De uma maneira mais específica, o julgador usará o poder discricionário quando a regra não existir, não for clara ou indeterminada. Hart entende que, neste ponto, ocorrerá a criação de direito novo pelos tribunais. Ainda, apesar de assinalar que pode não existir uma “única resposta correta a descobrir”, a decisão não pode ser “qualquer resposta”, i.e., a decisão deve ser razoável conforme o conjunto de mecanismos de interpretação e aplicação do direito próprios daquele sistema:

Em qualquer momento dado, os juízes, mesmo os do Supremo Tribunal, são partes de um sistema cujas regras são suficientemente determinadas na parte central para fornecer padrões de decisão judicial correta. Esses padrões são considerados pelo Tribunal como algo que não pode ser desrespeitado livremente por eles no exercício de sua autoridade para proferir essas decisões, que não podem ser contestadas dentro do sistema.<sup>91</sup>

Dworkin vai estabelecer três sentidos para a expressão “discricionariedade”. Dois sentidos fracos e um sentido forte. No primeiro sentido fraco, discricionariedade quer dizer que “os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar”. No segundo sentido fraco, “discricionariedade” aplica-se à situação de quem pode tomar uma decisão definitiva, significando, no âmbito jurídico, uma decisão irrecorrível (como a de última instância). Por último, no terceiro sentido, que é o sentido forte, denotando a situação de quem pode decidir arbitrariamente e, portanto, não sendo vinculado por um padrão preexistente<sup>92</sup>.

Dworkin vai centrar a crítica no terceiro sentido de “poder discricionário”, com objetivos claros: criticar o positivismo jurídico e enaltecer a sua tese dos princípios, basicamente ao afirmar que é errado sustentar que se usa o poder discricionário porque não há um padrão a aplicar. No sistema de Dworkin, os princípios surgem como os

<sup>90</sup> HART, H.L.A. *O conceito de direito*. 5.ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p.140-141.

<sup>91</sup> *Ibidem*, p.159.

<sup>92</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.50-63.

padrões a serem aplicados, ou melhor, devem ser aplicados para resolver casos difíceis que não teriam uma resposta clara ou correta no sistema positivista. Na visão de Dworkin, o positivista lança mão do poder discricionário porque a visão positivista do direito é composta somente por regras e quando as regras não são claras, ou são indeterminadas ou não existem, busca-se uma resposta “além do direito”. Os princípios, para o positivista de Dworkin, estariam “além do direito”. O positivista, julgando desta forma, estaria criando “direito novo”. Dworkin, por seu turno, afirma que o direito é composto por regras e princípios e estes princípios relacionam direito e moralidade (política). Para ele, então, em casos difíceis, haveria uma resposta correta: aquela resposta obtida pela aplicação do princípio com a melhor justificação moral conforme a integridade do sistema jurídico, ou seja, de acordo com um conjunto de princípios e padrões de moralidade, equidade e razoabilidade que historicamente sustentam o sistema.

Hart retoma o tema no final do *Pós-escrito de O Conceito de Direito*, afirmando que o conflito mais agudo entre sua teoria jurídica e a de Dworkin decorre da prática do poder discricionário judicial. Hart afirma que, em qualquer sistema jurídico, haverá sempre certos casos não regulados. Nestes casos, o juiz deve exercer o seu poder discricionário para preencher as lacunas e criar o direito. Este exercício não é arbitrário, o juiz apontará as razões gerais para justificar a sua decisão <sup>93</sup>.

A segunda crítica de Dworkin ao positivismo jurídico é considerada a mais séria e consta da obra *O Império do Direito* (originalmente de 1986). Nesta obra, Dworkin explicita argumentos pelos quais ficou finalmente conhecido:

- o direito é uma “construção interpretativa”. O que deve ser feito é uma “interpretação construtiva” dos conflitos, ou seja, a interpretação que melhor se encaixa no sistema e é moralmente justificada.

- passa a tratar o positivismo jurídico como uma “teoria semântica do direito”, uma teoria que vê o direito como uma “visão plana dos fatos” (“*plain-fact view of Law*”): os fundamentos do direito são fixados pelo consenso entre *officials* e somente interessam fatos simples/evidentes já ocorridos (passado). Entretanto, os fundamentos do direito não podem ser determinados por convenção.

- o direito sofre de dois tipos de discordâncias: a) **empíricas** – A lei é válida?; b) **teóricas** – quais são os fundamentos do direito? Conforme Dworkin, o positivismo

---

<sup>93</sup> HART, H.L.A. *O conceito de direito*. 5.ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p.335-339.

jurídico sofre do “agulhão semântico” (“*semantic sting*”): não consegue responder adequadamente às discordâncias legais teóricas existentes em determinados casos (*hard cases*). Nestes casos, os próprios juízes têm discordâncias sobre os fundamentos do direito que extrapolam o esquema positivista, ou seja, p.ex., todos os julgadores aceitam que determinada lei é válida, mas discordam sobre a solução do caso e esta discordância diz respeito ao seu entendimento do direito (os fundamentos do direito). O exemplo principal analisado é o *Tennessee Valley Authority vs. Hill* (1978). Em resumo: o caso envolveu as mudanças na geografia para a construção de uma barragem. Estas mudanças estavam alterando o curso de rios e colocando em risco o *habitat* de um pequeno peixe (*snail darter*), sem importância e sem risco de extinção. A construção da barragem já tinha consumido mais de U\$100.000.000,00. Organizações ambientalistas conseguiram que um Ministério colocasse o peixinho na lista das espécies ameaçadas e protegidos pela “Lei X” (“Lei das Espécies Ameaçadas”). Deve ser suspensa a construção da barragem? A discordância: ambos os lados do julgamento não questionaram a existência e validade da “Lei X”, mas chegaram a conclusões diferentes. Uma corrente adotou o entendimento de que a suspensão da construção da barragem, naquela fase, seria um atentado ao “bem comum”, ao “interesse coletivo”: “a Corte deveria adotar uma interpretação eficaz, compatível com um pouco de bom senso e com o bem-estar público”. Outra corrente disse que, independente disso, a “Lei X” deveria ser aplicada, não importando o momento de execução de um projeto e gastos envolvidos. A Suprema Corte ordenou que a construção fosse interrompida, vencendo o voto do juiz Warren Burger: “quando o texto é claro, a corte não tem o direito de recusar-se a aplicá-lo apenas por acreditar que os resultados serão tolos”<sup>94</sup>.

Nesta obra, também, Dworkin retoma o exemplo do caso *Riggs vs. Palmer* (Nova York, 1889): o neto-herdeiro da grande parte dos bens do avô que o assassina por envenenamento após o segundo casamento do avô, com medo de perder a herança. A lei não previa esta situação como causa de perda da herança, mas a Corte adotou um princípio que foi vencedor: “ninguém deve beneficiar-se do seu próprio erro”.

---

<sup>94</sup> DWORNIK, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.10; 25-30 e 55 e seguintes.

### 3.2 A CRÍTICA DE DWORKIN AO POSITIVISMO JURÍDICO: UMA AVALIAÇÃO.

Sopesando todas as críticas e réplicas, podemos dizer, atualmente, que Dworkin operou em um ponto sensível do positivismo jurídico: a interpretação judicial. A título de exemplo: se pegarmos as duas obras clássicas/canônicas de Kelsen e Hart, há uma incipiente ou nenhuma referência ao tema da interpretação judicial. Entretanto, não podemos dizer que a jurisprudência (as decisões judiciais, a adjudicação, palavra mais próxima do inglês) não seja fonte do direito para o positivismo jurídico. Qualquer positivista, resumindo as fontes do direito, falará: legislação e precedentes. O que faltou aos positivistas foi um tratamento adequado do tema da interpretação judicial. Kelsen trata um pouco disso nos capítulos finais da *Teoria Pura do Direito*. Hart fala da textura aberta do direito e do poder discricionário dos juízes para resolver casos de penumbra ou casos não claros: casos de lacuna, casos de conflitos normativos. Dworkin, utilizando-se muito do tema dos princípios de moralidade política, opera no ponto fraco do positivismo jurídico: a interpretação judicial. E, ainda, a partir disso, retira a sua própria teoria do direito: o direito como integridade. Neste aspecto, Dworkin quer controlar o positivismo jurídico, quer controlar o poder discricionário dos juízes. Como controlar? Os juízes não podem decidir casos difíceis de qualquer maneira, apelando para qualquer princípio. O direito como integridade afirma que, nestes casos, há uma “resposta correta”: a resposta que será obtida analisando-se a história do sistema jurídico em questão e extraíndo o melhor princípio aplicável ao caso concreto, o princípio de moralidade política visto sob as melhores luzes.

Na verdade, é preciso colocar a discussão nos seus devidos termos. Dworkin não nega a importância do legalismo, a importância do sistema jurídico e do Estado de Direito e o positivismo jurídico nunca negou a existência e o uso de princípios no sistema legal. Ainda, o positivismo jurídico nunca negou que o Judiciário (jurisprudência/precedentes) fosse uma das fontes do direito.

O alvo do debate está no seguinte: os positivistas jurídicos acreditam que o direito seja derivado de fontes sociais autorizadas. Há fontes objetivas das quais se originam o direito. Há uma convenção sobre as fontes. Há uma concordância de *officials* e usuários do direito sobre as fontes do direito. Pensando-se assim, há (ou deve haver) uma cisão entre direito e moralidade no estabelecimento das fontes. As fontes servem para estabelecer o direito válido. O direito válido é diferente da moral válida. Ou

melhor, a validade jurídica é diferente da validade moral. Em outras palavras, dizem os positivistas que estas fontes são “autorizadas”. Não são “qualquer” fonte. As fontes são estabelecidas por algum poder (legislativo originário, legislativo derivado, judiciário).

Dworkin, por outro lado, não acredita na convenção, na concordância sobre as fontes. Em “casos difíceis”, principalmente, no fundo, percebe-se uma divergência séria sobre os fundamentos do direito. Esta divergência revela que o modo de ser do direito é interpretativo. E nem todas as fontes do direito são derivadas de uma convenção. Ou seja, os princípios de moralidade política que devem resolver a controvérsia séria sobre o direito não tem fonte estabelecida, eles são obtidos pela melhor interpretação possível do sistema jurídico.

Dworkin discursa no nível da moralidade crítica, entretanto, ao contrário dos positivistas jurídicos, defende uma relação profunda entre direito e moral. Na verdade, uma relação entre direito e princípios de moralidade política. Não com qualquer “moral” (observe-se os artigos de Dworkin sobre liberdade de expressão e privacidade em temas sexuais). A palavra “moral” é muito ampla e dúbia e pode servir a qualquer propósito. Neste sentido, acertando-se o uso e o significado específico de “moral” é que há um novo acordo entre os positivistas jurídicos contemporâneos, os teóricos do direito natural contemporâneo (John Finnis) e a teoria de Dworkin: no nível da moralidade crítica ou no nível da metateoria, a validade do direito deve ser afastada, contextualmente, da moralidade popular, da moralidade positiva e, ainda, a moralidade política não deve servir para requestionar sucessivamente as bases do direito posto. As três vertentes teóricas defendem os benefícios da lei, da legalidade no interior do Estado de Direito. As três vertentes teóricas defendem (ou pelo menos, os positivistas jurídicos não negam) que, no raciocínio prático dos juízes (nas decisões judiciais), podem atuar princípios de moralidade política.

A divergência reduz-se a quais são as fontes autorizadas do direito, o direito é fruto da convenção sobre as fontes (ou não?) e a uma questão de foco: na autoridade ou na própria moral: convencionalismo x interpretativismo.

O último capítulo e síntese do debate entre Dworkin e os positivistas jurídicos são feitos na obra *A justiça de toga (Justice in robes)*, originalmente de 2006<sup>95</sup>. Nesta obra, Dworkin revê todo o debate e rearticula os seus argumentos. Há o esclarecimento do seguinte:

---

<sup>95</sup> DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

- a diferença entre regras e princípios não era a questão fundamental da crítica ao positivismo jurídico. A resposta dos positivistas, neste ponto, foi satisfatória e o próprio Dworkin afirma que não quis causar uma confusão entre “padrões” diferentes de normas, não acredita sequer que existam tais “padrões”;

- a crítica mais forte de Dworkin ocorreu, de fato, na obra *O império do direito* de 1986. Nela, o positivismo jurídico é visto como uma teoria da “visão plana dos fatos”, uma teoria semântica do direito, convencionalista. Isso significa, na terminologia de Dworkin, que o positivismo jurídico pretende uma definição do direito a partir de convenções aceitas, postas. O direito é fruto de fontes sociais (convenções). Trata-se de um conceito “criterial” de direito, ou seja, a partir de critérios definitórios, objetivos, do que é o direito.

- Dworkin reafirma – em *Justice in Robes* – que a mais grave deficiência do positivismo jurídico é ser uma teoria convencionalista do direito. A deficiência desta teoria jurídica é demonstrada pelos desacordos teóricos sobre o que é o direito. Os desacordos teóricos emergentes em decisões judiciais em certos casos difíceis revelam a insuficiência do positivismo jurídico: não há convenção social que delimite uma concordância sobre o conceito de direito. Como haverá uma convenção sobre um desacordo? O conceito de direito é interpretativo, é um conceito interpretativo que deve ser construído na prática decisória, norteado pelos valores substantivos de moralidade política: justiça, democracia, coerência, integridade. Assim, o conflito insuperável entre a teoria da integridade de Dworkin pode ser resumido no embate entre o convencionalismo e o interpretativismo. Dworkin elege os termos exatidão, eficiência e integridade para representar as três teorias do direito mais importantes, respectivamente: a teoria do direito natural, a teoria do positivismo jurídico e teoria do interpretativismo construtivo de Dworkin.

- na obra *A justiça de toga*, Dworkin esclarece, também, em capítulo próprio, quais são os conceitos de direito: doutrinário, sociológico, taxonômico e aspiracional, revelando especial admiração pelos conceitos doutrinário e aspiracional e catalogando diversos tipos de teorias positivistas como doutrinárias e taxonômicas. Além disso, afirma que os conceitos podem ser criteriosais, naturais ou interpretativos.

- continua criticando duramente ambas as correntes do positivismo jurídico – inclusivos e exclusivos –, afirmando, por exemplo, que o positivismo jurídico inclusivo

é “pickwickiano”<sup>96</sup>, ou seja, praticamente não tem diferença da sua teoria, não é positivismo verdadeiro e não elabora uma teoria da interpretação judicial fundada em princípios de moralidade política como ele elabora. O positivista jurídico escolhido como alvo é Jules Coleman. O positivismo jurídico exclusivo, por sua vez, é adjetivado de “ptolomaico”<sup>97</sup>, o qual apresenta uma definição artificial de direito e autoridade, vazia de valores substantivos de moralidade política. O positivista jurídico escolhido como alvo é Joseph Raz.

### 3.3 O PROBLEMA DE DWORKIN: POSSÍVEIS CRÍTICAS.

O possível conceito de direito de Dworkin parte da interpretação de casos. A legislação não é importante? A legislação fica em segundo plano. O que fazer com grande parte do direito (talvez a maioria) de direitos que vêm da legislação? O grande “trunfo” de Dworkin é a controvérsia derivada de um caso concreto e constante de uma decisão judicial. Dworkin afirma e reafirma que não quer definir direito, apresentar um conceito de direito, por isso é contra concepções criteriais, semânticas, taxonômicas. O conceito de direito é como que “descoberto”, “revelado” a partir de um caso concreto. É fácil observar em sua trajetória teórica (de *Levando os direitos a sério* até *A justiça de toga*), o uso de exemplos reais e fictícios para fundamentar a sua teoria. É assim com os casos *Riggs vs. Palmer* e *Henningsen* em *Levando os direitos a sério*, o caso *Tennessee Valley Authority* em *O império do Direito* e, por fim, o caso da senhora Sorenson em *A justiça de toga*. Certamente, o positivismo jurídico é passível de críticas neste aspecto da interpretação e da decisão judicial, mas também não podemos aceitar como plenamente satisfatória uma teoria do direito fundada **somente** na controvérsia dos casos que dificultam uma decisão judicial.

Temos que lembrar, também, que Dworkin está inserido na tradição do *common law*. Esta tradição ou família do direito pensa e estuda o direito a partir do caso concreto. A tradição ou família do direito brasileiro é a romano-germânica. Nesta tradição, o direito é pensado a partir dos códigos e das leis. Hoje, claro, os sistemas não são “puros”. Há cruzamentos e misturas entre estes sistemas ou famílias de direito, mas a perspectiva dos “funcionários” e estudantes de direito é diferente. Basta observar

---

<sup>96</sup> “Pickwickiano” refere-se à obra de Charles Dickens: *The Pickwick Papers*. A expressão foi usada por Dworkin para afirmar este tipo de positivismo é contraditório, ele significa algo que tem o sentido contrário.

<sup>97</sup> “Ptolomaico” foi usado no sentido de “dogma” inviável, artificial, sem fundamento.

como se começa a estudar o direito em ambas as tradições. Esta reflexão é para dizer que alguns casos exemplares citados por Dworkin para ilustrar e fundamentar sua teoria são casos com solução própria em um sistema de direito romano-germânico como o brasileiro. Exemplo: o caso *Riggs vs Palmer*. Enquanto no sistema de *common law* de Dworkin, um princípio foi buscado para impedir o herdeiro assassino de herdar o patrimônio do avô (“ninguém será beneficiado pelo seu próprio ilícito”/ “ninguém será beneficiado pela sua própria torpeza”), no sistema romano-germânico brasileiro, o Código Civil tem um dispositivo legal prevendo esta situação: a exclusão da sucessão por indignidade do herdeiro (art.1814, I, Código Civil). O herdeiro indigno está impedido de herdar. O fato é que um sistema de direito como o brasileiro ou insere um conjunto de princípios dentro da lei ou, ainda, os princípios são “deduzidos” da lei.

O que acontece se pudermos decidir um caso a partir de princípios contidos na lei, ou deduzirmos um princípio do próprio sistema jurídico em questão? A tese positivista das fontes sociais do direito não está totalmente descartada. Portanto, em um sistema de direito como o brasileiro, os supremos princípios de moralidade política podem estar claramente no ordenamento jurídico ou podem ser deduzidos da expressão literal de um dispositivo legal.

Nesta avaliação de Dworkin, cabe lembrar duas contribuições relevantes para este debate: o “positivismo presumido” de Frederic Schauer e o seu conceito de regra como “generalizações simplificadoras de justificativas subjacentes”<sup>98</sup> e a defesa do “positivismo jurídico lógico-inclusivo” (na verdade, um “positivismo exclusivo”) de Juliano Maranhão, no qual os princípios são deduzidos ou abduzidos das regras ou do ordenamento jurídico, portanto não estariam “fora” do sistema jurídico nem seriam derivados da moral<sup>99</sup>.

Na elaboração de Schauer, toda a regra é uma generalização e existem regras descritivas e regras prescritivas. Uma regra prescritiva depende de uma regra descritiva. Uma regra prescritiva atribui uma consequência ao predicado fático, que se traduz no esquema “se x, então y”. “X” é o que Schauer chama de “predicado fático” e “y” o “consequente”. O predicado fático é uma generalização descritiva que é o resultado de

---

<sup>98</sup>O que Schauer chama de “positivismo presumido” significa que a regra tem prioridade, a regra não está ali para ser deliberadamente descartada, não está ali como uma figura decorativa. Há prioridade para que o resultado surja de um conjunto limitado de regras válidas (SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Oxford University Press, 1998, p.203). Ver, também, MARCONDES, Danilo; STRUCHINER, Noel. *Textos básicos de filosofia do direito: de Platão a Frederick Schauer*. Rio de Janeiro: Zahar, 2015, p.165-170.

<sup>99</sup> MARANHÃO, Juliano. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

um processo de criação da regra que vai desde a observação de um caso particular, definindo a meta que se quer alcançar ou o mal que se quer evitar com a regra e, posteriormente, a generalização deste caso particular na construção da própria regra <sup>100</sup>.

Na teoria do direito contemporânea, é possível relacionar a construção de Schauer com a teoria do fato jurídico. Para a teoria do fato jurídico, a norma (a regra) é uma proposição composta de um “suporte fático” (um fato ou conjunto de fatos aptos a ocorrer no mundo real) e um “preceito” (uma consequência jurídica que pode ser uma sanção, um direito, uma obrigação) <sup>101</sup>. Por exemplo, o art. 5º do Código Civil brasileiro está assim redigido: “A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil”. Na norma em questão, o suporte fático refere-se ao fato da pessoa completar dezoito anos, a passagem de tempo, enquanto que o preceito é a pessoa tornar-se habilitada à prática de todos os atos da vida civil. O preceito é a consequência jurídica imposta pela norma jurídica àquele fato.

Outro exemplo legal bastante conhecido e usado por Kelsen em sua *Teoria Geral das Normas*: o correspondente ao artigo 389 do Código Civil brasileiro: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos...”. Ora, aí está, na lei, algo que é do conhecimento comum: ao fato (suporte fático) do descumprimento de uma obrigação (inadimplemento) é atribuída a sanção (preceito) das perdas e danos (pagamento de juros e multas, etc.).

Este intercurso na teoria do direito tem dois objetivos: 1) serve para demonstrar a semelhança da construção da noção de regra de Schauer e a composição da norma jurídica aceita pela teoria do fato jurídico desenvolvida no Brasil; 2) mostra que esta composição é o que Schauer chama de “generalizações simplificadoras de justificativas subjacentes”. A regra prescritiva contém “generalizações simplificadoras de justificativas subjacentes”. A generalização faz parte da construção da norma a partir da observação e valoração de um conjunto de casos e, em conjunto, há justificativas subjacentes embutidas na construção da proposição final da norma. A regra é um facilitador: o aplicador do direito não precisa voltar periodicamente para os motivos e princípios que geraram a regra, as justificativas estão implícitas na proposição

---

<sup>100</sup> Schauer usa o grego *protasis* para se referir ao seu “predicado fático”. *Protasis* significa, principalmente, “proposição” ou “premissa”. Na teoria do fato jurídico, a norma jurídica é, também, vista como “proposição”. Ver próxima nota.

<sup>101</sup> A expressão “suporte fático” é a tradução portuguesa de expressões usadas em várias línguas para se referir ao fato previsto em norma jurídica (p.ex., *Tatbestand*, em alemão; *fattispecie*, em italiano; *hecho imponible/supuesto de hecho*, em espanhol). No Brasil, ainda se usa, conforme o ramo do direito ou doutrina: “preceito”, “tipo”, “hipótese de incidência”, “fato gerador”.

normativa. Nos exemplos usados, no momento em que a regra (art.5º, CC) limita a idade da maioria, determinados critérios, teorias e princípios foram usados nesta escolha, mas eles não voltarão quando da aplicação da regra. Portanto, o direito, em grande parte, faz um recorte de razões, inclusive de razões morais que estão embutidas em uma proposição normativa. Na terminologia de Schauer, há um “isolamento sistêmico” do direito: o direito possui um “identificador” que escolhe/seleciona normas de um universo de normas e fornece um teste para a validade legal <sup>102</sup>.

Schauer vai além e afirma que uma regra é atualmente ou potencialmente “sobre” ou “subinclusiva” quando analisada à luz de suas justificativas subjacentes. Ou seja, no momento da aplicação, a generalização normativa pode abarcar um conjunto de situações que podem gerar respostas não adequadas e podem, por outro lado, deixar de abarcar outras situações que deveriam ser subsumidas <sup>103</sup>.

O exemplo clássico da regra que afirma “é proibido o trânsito de cães na estação de trem” contempla este problema (o exemplo original que Schauer usa “é proibida a entrada de cães no restaurante”). A regra possivelmente tinha a seguinte justificativa subjacente: não perturbar a saúde e o sossego da coletividade. Mas, na generalização, poderá ocorrer uma aplicação sobreinclusiva (a regra incorpora demais) como no exemplo do cão-guia do cego ou no exemplo do educado bichinho de estimação da criança que não poderia ficar sozinho. Ambos bichinhos dóceis, treinados que, a princípio, não perturbam e tem uma finalidade social e afetiva maior do que a justificativa subjacente da regra. Na generalização, também, poderá ocorrer uma aplicação subinclusiva (a regra incorpora de menos) como no exemplo de outros animais perigosos (um urso) e barulhentos (galinhas, porcos) <sup>104</sup>.

---

<sup>102</sup> SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Oxford University Press, 1998, p.199.

<sup>103</sup> Uma boa referência em português para conhecer a obra de Schauer encontra-se na obra MARCONDES, Danilo; STRUCHINER, Noel. *Textos básicos de filosofia do direito: de Platão a Frederick Schauer*. Rio de Janeiro: Zahar, 2015, p.164-175 e na seguinte tese: STRUCHINER, Noel. *Para falar de regras. O positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito*. Tese de Doutorado em Filosofia da PUC-Rio. Rio de Janeiro: 2005, p.147-155.

<sup>104</sup> Já em 1970, Recaséns Siches contou uma história assim: na plataforma de trem de uma estação ferroviária, na Polônia, havia uma enorme placa que informava: “é proibido o trânsito de cães na plataforma”. Os proprietários da estação zelavam pelo cumprimento da ordem, doutrinando os “fiscais” dos trens com a recomendação de não deixar ninguém entrar, desde que estivesse descumprindo o preceito estabelecido. Em um dia, apareceu na plataforma, um senhor cego com um cachorro preso à sua mão direita, o qual lhe servia de guia. O senhor pretendia entrar no trem. Qual a decisão do fiscal? A palavra “cães” na placa se aplica ao cachorro-guia do senhor cego? O senhor poderia e conseguiria entrar no trem sem o seu guia? A circunstância permitiria, excepcionalmente, o acesso deste cachorro ao trem? O fiscal simplesmente deveria negar o acesso ao trem? No dia seguinte, apareceu outro senhor, de boa visão, conduzindo um urso e o fiscal viu-se novamente com o dilema: urso se enquadra no conceito “cão” previsto na norma? Ou é preciso uma interpretação teleológica para que o urso seja impedido de entrar na

Estes autores e questões, como falamos no início desta exposição, iluminam sob nova luz a crítica de Dworkin ao positivismo. São respostas a Dworkin. Respostas que afirmam que os princípios utilizados em decisões judiciais para resolver “casos difíceis” não estão necessariamente “fora” do sistema jurídico ou são princípios advindos da moralidade objetiva, externos ao direito, os quais revelariam uma relação necessária entre direito e moral. Estes princípios são deduzidos ou abduzidos das regras do sistema jurídico, portanto, fazem parte do direito. Estes princípios são extraídos das regras do sistema jurídico. Na verdade, estes princípios apresentam-se diretamente no sistema jurídico ou são extraídos das regras deste sistema.

Juliano Maranhão é outro autor que constrói sua tese em cima desta questão, afirmando, por exemplo, que ainda podemos sustentar a tese positivista da objetividade das fontes. Antes, é preciso observar que apesar de nomear a sua tese de “positivismo jurídico lógico-inclusivo” (que é o próprio título da obra), Juliano Maranhão, em dois momentos do texto (páginas 78 e 117) afirma que se trata, na verdade, de um “positivismo exclusivo”, como se demonstra a seguir:

O que o **exclusivismo** não admite é que o recorte ou endosso de parte das razões morais como razões jurídicas seja, ele próprio, um critério de validade, pois isso, ou não pode ser observado, ou comprometeria a objetividade da observação. Em outras palavras, o recorte de razões morais não pode produzir ou restringir a produção de regras, mas é, *ele mesmo, o resultado das regras decorrentes da convenção social. Essa é a intuição que pretendo seguir* para conciliar com o positivismo o emprego de razões morais, sem *pedigree*, como juridicamente válidas <sup>105</sup>.

Desta forma, Juliano Maranhão também pretende responder a Dworkin, reafirmando a tese positivista da objetividade das fontes. Esta tese tem duas versões: a versão fraca afirma que a identificação das fontes dotadas de autoridade é objetiva. A versão forte acrescenta que parte do conteúdo promulgado também é identificável sem necessidade de recurso a considerações valorativas <sup>106</sup>.

Na perspectiva de Maranhão, o desafio de Dworkin ao positivismo jurídico está vertido em uma conclusão importante, chamada “conclusão ‘c’”: “se a força vinculante dos princípios como razão jurídica para a ação ou decisão não pode ser baseada na

---

plataforma? Recaséns Siches usa o exemplo para defender uma “lógica do razoável” na interpretação da lei: ver SICHES, Recaséns. *Introducción al estudio del derecho*. 12.ed. Ed. Porrúa: México, 1997, p.217-218 (A primeira edição desta obra é de 1970).

<sup>105</sup> MARANHÃO, Juliano. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p.78. Negrito nosso. A outra frase que assume o exclusivismo está na página 117: “Portanto, após apresentar minha versão da objeção lógico-inclusivista ao argumento de DWORKIN, devo me concentrar nas objeções já antecipadas por MARMOR ao ‘inclusivismo lógico’, **de forma a precisar minha versão, que é compatível mesmo com o positivismo exclusivista**” (Negrito nosso).

<sup>106</sup> Ibidem, p.37.

convenção social sobre as fontes, então deve decorrer de uma valoração do mérito moral de seus conteúdos”<sup>107</sup>.

Para esquematizar seu raciocínio: A conclusão “c” é uma condicional que tem como antecedente:

*Antecedente c*: “a força vinculante dos princípios como razão jurídica não pode ser baseada na convenção social sobre as fontes”.

*Consequente c*: “a força vinculante dos princípios como razões jurídicas decorre do mérito moral de seu conteúdo”.

A proposição “*antecedente c*” é na, verdade, uma conjunção entre duas proposições: *antecedente 1*. “princípios são vinculantes como razões jurídicas” e *antecedente 2*: “não podem fazer parte da convenção sobre as fontes”.

Nesses termos, a tese exclusivista consiste basicamente em negar *antecedente 1*:  
~ *antecedente 1*: “princípios são vinculantes, mas não como razões jurídicas”.

A tese inclusivista nega *antecedente 2*:

~ *antecedente 2*: “princípios podem fazer parte da convenção sobre as fontes”<sup>108</sup>.

O dilema que se apresenta é o seguinte: a incorporação da moral via princípios nos critérios de validade é repleta de problemas (como o direito reivindicaria autoridade e diferença prática se a regra de reconhecimento incorporasse valores morais?) e excluir a interpretação empobrece a aplicação do direito. Por outro lado, o direito não é só interpretação. Por isso, Maranhão está em dúvida: nomina sua obra e teoria como “positivismo jurídico lógico-inclusivo” (ou “inclusivismo lógico”), mas afirma duas vezes que se trata de um exclusivismo. De qualquer maneira, ele aponta o *non sequitur* de Dworkin: afirmar que os princípios não estão na fonte não decorre que eles são aplicados porque tem valor moral. Os princípios morais “são jurídicos *porque e na medida em que* proporcionem uma justificação coerente das normas jurídicas válidas (e não o contrário, i.e. tais regras são válidas por conta de seu mérito moral ou porque aderem a um conjunto de valores morais)”<sup>109</sup>.

Na verdade, esta tese de Juliano Maranhão, revela problemas tanto do inclusivismo como do exclusivismo. De um lado, a admissão da incorporação da moralidade em princípios na regra de reconhecimento do direito é extremamente problemática porque deixa em aberto a discussão sobre a moral, dando apoio à tese da

<sup>107</sup> Ibidem, p.118.

<sup>108</sup> A formalização destes argumentos está na p.119 de MARANHÃO, Juliano. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

<sup>109</sup> Ibidem, p.120.

controvérsia de Dworkin: não há convenção sobre uma controvérsia. Ainda, como afirma Shapiro, como o direito poderia impor, com autoridade, determinadas razões excludentes (razões preferenciais), se não houvesse acordo ou parâmetro sobre as próprias razões? Por outro lado, a defesa do exclusivismo de que os juízes são raciocinadores práticos e, em decisões judiciais, eles efetivamente usam princípios, mas eles não são princípios jurídicos. A tese do exclusivismo é mais forte, mas precisa ser adequada. Ainda, esta bifurcação atual, tão popular e difundida, precisa ser, no mínimo, refinada.

### 3.4 POSITIVISMO JURÍDICO INCLUSIVO E POSITIVISMO JURÍDICO EXCLUSIVO: A EVOLUÇÃO DE UM DEBATE

Como mencionado no capítulo anterior, o chamado “positivismo jurídico inclusivo” surgiu, basicamente, de duas passagens de *O Conceito de Direito* de Hart. A primeira passagem reside no Capítulo IX desta obra, justamente intitulado “Direito e moral”, em um subtópico chamado “A influência da moral sobre o direito”. Nesta passagem, Hart afirma que em determinados sistemas jurídicos como o norte-americano, os “critérios últimos de validade jurídica incorporam explicitamente princípios de justiça ou valores morais substantivos”. Em maior medida (visto que não possui uma Constituição escrita), admite, também, que o sistema inglês pode ser conforme a justiça e a moral.

A segunda passagem encontra-se no *Pós-escrito*, na resposta a Dworkin, no qual Hart fala explicitamente em um “positivismo moderado”. Aqui, Hart afirma que “a regra de reconhecimento pode incorporar, como critérios de validade jurídica, a conformidade com princípios morais ou com valores substantivos”. É interessante observar que esta ligação explícita entre regra de reconhecimento e princípios morais só aparece no *Pós-escrito*.

Em suma, a cisão inclusivistas x exclusivistas ocorre desta forma: os inclusivistas, conforme indicado no item acima, assumem explicitamente que a regra de reconhecimento e, portanto, o direito, pode conter/incorporar critérios morais de identificação de normas. É importante notar que os inclusivistas foram responsáveis pela popularização da ideia de que existe uma relação contingente entre direito e moral. Os exclusivistas, por sua vez, admitem as mais variadas relações entre direito e moral, mas não concordam que critérios morais possam ser utilizados como identificadores do

direito. A regra de reconhecimento não pode ser confundida com o teste do *pedigree* de Dworkin, no sentido de que ela é uma regra secundária, não conteudística, faz referência a um conjunto de formas aceitas e compartilhadas de identificação do direito “dotadas de autoridade”. Portanto, em última escala, os *officials* determinam o direito a partir destes critérios. Ambas as correntes, entretanto, vão aceitar a tese das fontes sociais do direito.

Esquemáticamente, o embate entre o positivismo jurídico e Dworkin que vai gerar a bifurcação entre os positivistas pode ser assim representado:

1º round: *O Conceito de Direito* de 1961 x os artigos de Dworkin com as críticas ao positivismo jurídico – “*O modelo das regras I e II*” – foram escritos em 1967 e 1972 e fazem parte da obra *Levando os direitos a sério* de 1977. Em resumo, Hart afirmou no texto canônico de *O Conceito de Direito* que existem várias “relações” entre direito e moral, mas elas não afetam a “separação” entre direito e moral. Não há uma conexão necessária entre direito e moral. Para Dworkin, o positivismo jurídico entende o direito como composto de regras e não admite os princípios e estes princípios (de moralidade política) relacionariam direito e moral. Hart responde no *Pós-escrito* da 2ª edição de *O Conceito de Direito* de 1994, admitindo a inclusão de princípios em um sistema jurídico na visão positivista e adota o rótulo *soft positivism*.

Dworkin reafirma que o positivismo jurídico estabelece um critério formal de identificação do direito e não de conteúdo. Os princípios se relacionam ao conteúdo. O positivismo jurídico identifica a origem do direito com uma prática social, uma questão de fato, uma convenção. Esta tese não seria correta no momento em que existem princípios usados para resolver determinados casos altamente controversos. Estes princípios não surgem de uma prática social concordante. Quando há desacordo, não pode existir uma regra social que imponha obrigações. A prática convergente não basta para resolver a questão. São necessários argumentos morais. Haveria uma incompatibilidade insolúvel entre a regra de reconhecimento (uma regra social) e a busca de um argumento moral superior para justificar o melhor princípio aplicável ao caso controverso.

2º round: Respostas a Dworkin incluem argumentos que admitem testes de conteúdo na regra de reconhecimento, bem como a aceitação de princípios no sistema jurídico observado pelo positivismo jurídico. Em paralelo, ocorre a divisão e a identificação das correntes. A obra *Inclusive Legal Positivism* de W. Waluchow (1994) e *Practical Reason and Norms* (1975) e *The Authority of Law* (1979) de Joseph Raz. Raz

segue afirmando que o positivismo jurídico nunca negou a existência de princípios e que este fenômeno não vai eliminar a discricionariedade judicial.

O positivismo jurídico de Joseph Raz passa a ser chamado de “exclusivo”. Esta corrente não admite critérios morais como critérios de identificação do direito e se fundamenta na “autoridade” do direito. Na arquitetura de Raz, volta o caráter normativo do direito, no sentido de que ele impõe razões para agir (“razões de segunda ordem”). Existem razões para agir (“razões de primeira ordem”), mas o direito impõe “razões excludentes” (de segunda ordem) para agir em determinado sentido que superam as razões de primeira ordem.

3º round: a evolução do debate. John Gardner, em seu conhecido artigo *Legal positivism: 5 1/2 Myths*, apresenta a cisão desta maneira: os positivistas *soft* ou “inclusivos” permitem que algumas normas de sistemas legais sejam legalmente válidas em virtude de seus valores (*merits*) (p.ex., sua razoabilidade), mas somente se outras normas legalmente válidas selecionam estes valores (*merits*) como relevantes para a validade legal <sup>110</sup>.

Outros, conhecidos como *hard* ou “exclusivos” negam isto. Eles asseguram que o direito que declara que somente leis razoáveis devem ser válidas não valida legalmente quaisquer normas novas, a despeito das aparências. Ao invés, delega a algum *official* (p.ex., juiz) a tarefa de validar normas novas (ulteriores) ao declará-las razoáveis. Nesta perspectiva (positivismo jurídico “duro”), a validade de normas novas não vem de sua razoabilidade (seu valor/mérito), mas do fato de que algum agente relevante declara-as razoáveis (sua fonte) <sup>111</sup>.

Wilfrid Waluchow, explicando o positivismo jurídico inclusivo, em *Inclusive Legal Positivism*, afirma que entre as conexões concebíveis entre direito e moralidade que um positivista deveria aceitar é aquela em que a identificação de uma regra como válida dentro de um sistema legal, bem como o discernimento do conteúdo de uma regra, podem depender de fatores morais. Nesta perspectiva, chamada “positivismo jurídico inclusivo”, valores e princípios morais contam entre os fundamentos possíveis que um sistema legal pode aceitar para determinar a existência e o conteúdo de leis válidas. Especificamente, pode-se considerar a possibilidade de que uma regra de

---

<sup>110</sup> Optamos por traduzir *merit/merits* por “valores”, visto que a palavra “mérito”, em português não contempla adequadamente o significado em jogo.

<sup>111</sup> GARDNER, J. *Legal Positivism: 5 1/2 Myths*. *The American Journal of Jurisprudence*. n° 46, p.199-227, 2001. Republicado em GARDNER, J. *Law as leap of faith: essays on law in general*. New York: OUP, 2012.

reconhecimento de um sistema legal poderia conter explicitamente testes ou critérios morais para a validade legal da legislação do Parlamento. Assim, o simples fato de sua obrigatoriedade pela legislatura soberana seria insuficiente para determinar a validade legal da regra. Waluchow conclui que, em algum momento, “seríamos forçados a decidir se viola uma condição moral, a cláusula do devido processo na *Bill of Rights* americana, a qual é interpretada pela maioria como a equidade e como uma condição (moral) para a validade legal dentro dos EUA”<sup>112</sup>.

Em suma:

- um princípio moral pode estar “dentro” do direito ou ser “incorporado” ao direito, mas não pode ser regra de reconhecimento. A regra de reconhecimento é uma regra social que identificará o direito. É uma regra-guia de conduta dirigida a *officials*. É uma regra secundária, social, uma meta-regra, uma convenção constitutiva. Ou os princípios morais estão na regra de reconhecimento ou são validados por ela. Se estão na regra de reconhecimento, não há diferença prática entre direito e moral (não haverá razões excludentes para a autoridade do direito). Se são validados por ela, não são critérios de definição do direito.

- Regras secundárias são dinâmicas. As regras de reconhecimento no formato “exclusivo” são dinâmicas porque a extensão dos termos baseados na fonte como “legislação”, “decisões judiciais” e “costumes” é determinada por fatos sociais. As regras de reconhecimento no formato “inclusivo” são estáticas, nunca variam ou variam em um processo longo e lento. O direito não pode ajudar alguém a saber o que deve fazer se a fim de saber o que o direito exige, ele primeiro precisa descobrir o que deve fazer.

Em síntese, um comparativo esquemático entre os conflitos da filosofia do direito atual:

- DWORKIN: O direito sempre dependerá de razões morais ou considerações morais sobre o que o direito deve ser (NECESSIDADE);

- WALUCHOW: É possível que o direito dependa de critérios morais de validade. Isso ocorre nos “sistemas de carta” ou “sociedades de carta”, quando o sistema jurídico assenta-se em uma constituição com “direitos morais legais” (CONTINGÊNCIA);

---

<sup>112</sup> WALUCHOW, W.J. *Inclusive legal positivism*. New York: Oxford University Press, 1994, p.82.

- RAZ/MARMOR: o direito não depende de razões/considerações morais para definir o que é o direito. Alguns sistemas utilizam a linguagem moral, mas a moral não pode servir de critério de validade do direito (IMPOSSIBILIDADE);
- WALDRON/CAMPBELL/SCHAUER: o positivismo jurídico deve excluir a possibilidade aberta pelo positivismo jurídico inclusivo. A moral (princípios de moralidade política) podem servir de critério de validade, mas não devem. A moral deve ser separada do direito em benefício da autonomia dos dois campos. Há diferenciação dos tipos de regras e razões para agir. É o positivismo jurídico exclusivo normativo.
- JULIANO MARANHÃO e o positivismo jurídico lógico-inclusivo: mantém-se a tese da objetividade das fontes. A identificação do direito deve ser possível independentemente de nossas crenças sobre o que ele é. Não devemos confundir a regra de reconhecimento com a Constituição. Existem razões morais, sem *pedigree*, juridicamente válidas. O direito restringe o universo de razões morais disponíveis para a solução de conflitos e justificação de ações. A definição do domínio de razões jurídicas é dada por uma convenção social contingente determinada sobre determinada estrutura de autoridade.

Como observamos anteriormente, é muito interessante observar que a tese de Juliano Maranhão, apesar de ter sido intitulada “positivismo jurídico lógico-inclusivo”, na verdade, trata-se de um positivismo exclusivo, como ele mesmo afirma em duas ocasiões da obra.

### 3.5 OS PRINCIPAIS ARGUMENTOS DO POSITIVISMO JURÍDICO EXCLUSIVO (DURO): O CARÁTER INSTITUCIONAL E AUTORITATIVO DO DIREITO, AS CONVENÇÕES CONSTITUTIVAS E A TESE DA DIFERENÇA PRÁTICA

Os três argumentos mais destacados do positivismo jurídico exclusivo são fundados na defesa do caráter institucional e autoritativo <sup>113</sup> do direito, da tese das convenções constitutivas e da tese da diferença prática, elaboradas, inicialmente, por Joseph Raz e reafirmadas, desenvolvidas e nominadas diferentemente por Andrei

---

<sup>113</sup> “Autoritativo” no sentido de que “possui ou reivindica autoridade”. Em português, usar “autoritário” seria totalmente equivocado para tratar desta concepção raziana. Por outro lado, temos as palavras “autoritativo”, “autorizativo” e “autorizatório”. O uso do termo “autoritativo” para se referir à teoria de Joseph Raz encontra respaldo em duas obras em português: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia*. Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013 e ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. *Do fato à legalidade: introdução à teoria analítica do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

Marmor e Scott Shapiro <sup>114</sup>. A título de esclarecimento inicial, Joseph Raz defende uma concepção do direito como autoridade institucional a partir da imposição de razões excludentes e preferenciais para a ação das pessoas submetidas àquela autoridade (“concepção funcional de autoridade” <sup>115</sup>) enquanto Andrei Marmor apela às convenções constitutivas e Scott Shapiro à teoria dos planos do direito e ambos defendem a tese da diferença prática do direito em relação a outros sistemas normativos.

Joseph Raz, na abertura do seu *O conceito de sistema jurídico*, caracteriza o direito como normativo, institucionalizado e coercitivo. Dizer que o direito é um sistema de normas que regula o comportamento humano, um sistema normativo, não diferenciaria o direito de outros sistemas normativos, portanto, os outros caracteres são fundamentais: o direito é um sistema produzido e aplicado por determinadas autoridades legítimas, inseridas em instituições (legislativo e judiciário). Ainda, o direito possui um tipo próprio de sanção: externa e institucionalizada <sup>116</sup>.

Nesta perspectiva, o direito deve ser capaz de reivindicar autoridade. Quando o direito torna uma conduta obrigatória, não importam outras razões para agir em contrário. Raz tratará das “razões para a ação”, ou seja, razões que determinam o comportamento humano em certo sentido. Neste contexto conceitual, é preciso distinguir “razões de primeira ordem” e “razões de segunda ordem”. As “razões de primeira ordem” são razões para agir em um determinado sentido. Já as “razões de segunda ordem” são razões sobre razões para considerar ou desconsiderar as razões de primeira ordem. A “razão excludente” é um tipo importante de razão de segunda ordem. “Uma *razão excludente* é uma razão de segunda ordem para abster-se de agir com base em alguma razão” <sup>117</sup>. As normas promulgadas por uma autoridade, principalmente as normas impositivas, são razões excludentes <sup>118</sup>. Mais adiante, Raz afirma, também, que

---

<sup>114</sup> Principalmente, nas seguintes obras: RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: OUP, 1979. *Ethics in the public domain*. Essays in the morality of Law and politics. New York: OUP, 1995. *O conceito de sistema jurídico*. Uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. Trad. de Maria Cecília Almeida. São Paulo: Editora WMF, 2012. *Razão Prática e Normas*. Tradução José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010; SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge, Massachusetts, London, England: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011; MARMOR, Andrei. *Law positive and objective values*. New York: Oxford University Press, 2001.

<sup>115</sup> No original: “serve conception of authority”. Optamos por “concepção funcional de autoridade” ao invés de uma “concepção de serviço de autoridade”.

<sup>116</sup> RAZ, Joseph. *O conceito de sistema jurídico*. Uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. Trad. de Maria Cecília Almeida. São Paulo: Editora WMF, 2012, p. 4.

<sup>117</sup> RAZ, Joseph. *Razão Prática e Normas*. Tradução José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.31.

<sup>118</sup> *Ibidem*, p.57.

“todas as prescrições são, em certo sentido, razões excludentes”<sup>119</sup>. O direito requer/reivindica, necessariamente, autoridade. A autoridade requer uma razão “preemptiva” ou preferencial. Uma razão que substitui (afasta) outras é uma razão “preemptiva” ou preferencial. Uma razão preferencial é a razão que passa a valer para uma decisão para torná-la indiscutível.

Joseph Raz, em inglês, usa *pre-emptive reason* ou *pre-emptiveness*<sup>120</sup>. Convém assinalar que a origem da palavra é latina e também é usada na teoria jurídica lusófona. O latim *preemption* e *praemptio* significam, literalmente, “aquisição prévia” ou “aquisição prévia de algo por alguém antes de oferecê-lo para outros”. De maneira direta e simples, é o chamado “direito de preferência” que alguém tem para adquirir algo antes de outras pessoas. A expressão tem um duplo sentido, portanto, de “suplantar e substituir” ou “cancelar e substituir”. A razão preemptiva raziana contém cancelamento e substituição de outras razões. Antes do direito, alguém tem certas razões para agir em certo sentido. O direito cancela estas razões e substitui, fornece razões novas, preferenciais. Cancelar razões anteriores e acrescentar razões novas é uma das funções do direito.

A tese da autoridade é uma característica importante do positivismo jurídico exclusivo de Joseph Raz, é uma característica que afirma que conceitualmente todo o direito reivindica ter autoridade legítima sobre seus destinatários. Alegar ter autoridade é alegar que o agente fará o que tem mais razão para fazer se obedecer às razões impostas pela autoridade legítima, em vez de julgar por suas próprias razões. Um sujeito age com base em razões, normalmente, chamadas “razões de primeira ordem”. As “razões de segunda ordem” podem cancelar todas as outras razões. São razões excludentes. Aquilo que determina a alguém o que fazer independente de quaisquer outras razões que ele tenha para agir diferentemente é uma autoridade. Ter autoridade é ter “razões protegidas”. A “razão protegida” cancela e/ou substitui todas as razões de primeira ordem.

A concepção de autoridade de Raz, presente em quase todas as suas obras, é aprofundada em *Ethics in the public domain*. Nesta obra, são apresentadas as três teses que sustentam sua concepção de autoridade:

---

<sup>119</sup> Ibidem,, p.77.

<sup>120</sup> Para estes conceitos, consultar, principalmente, capítulo 10 (*Authority, Law, and Morality*) da obra *Ethics in the public domain. Essays in the morality of Law and politics*. New York: OUP, 1995, p.211-220 e capítulos 4 e 5 (*Sistemas normativos e Sistemas jurídicos*) de *Razão Prática e Normas*. Tradução José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.103-170 e o capítulo 3 de *The Morality of freedom*. New York: OUP, 1986.

- A tese da dependência: todas as diretivas autoritativas devem ser baseadas, entre outros fatores, sobre razões que aplicam-se aos sujeitos daquelas diretivas e que suportam as circunstâncias cobertas pelas diretivas. Estas razões são chamadas razões dependentes.

- A tese da justificação normal: a maneira normal e primária de estabelecer que uma pessoa deve reconhecer ter autoridade sobre outra pessoa envolve mostrar que o alegado sujeito provavelmente seguirá melhor as razões que se aplicam a ele (outras além das diretivas autoritativas) se ele aceitar as diretivas da alegada autoridade como autoritativamente vinculantes, e procurar segui-las, do que se ele tentar seguir as razões que se aplicam a ele diretamente.

- A tese da preempção: o fato de que uma autoridade requer a realização de uma ação é uma razão para sua realização que não é adicionada a todas as outras razões relevantes na avaliação do que fazer, mas deve substituir alguma delas <sup>121</sup>.

Esta descrição constitui a base do que Raz chama de “Concepção Funcional” (*Service Conception*) de autoridade. De acordo com essa concepção, o papel-chave de uma autoridade é mediar os atores e as razões que esses atores têm para fazer ou tolerar alguma atividade.

Vejamos uma situação cotidiana: meu vizinho, Jorge, costuma tocar acordeão em seu apartamento, de noite, localizado um andar acima do meu. A convenção do condomínio tem uma regra comum, conhecida, determinando horário de silêncio entre 22h e 7h. Há outra regra que confirma que, mesmo fora destes horários, os condôminos devem evitar sons muito altos que perturbem a vizinhança. Além disso, há uma lei federal (o Código Civil) que obriga as pessoas a não perturbar a saúde e o sossego da vizinhança.

Mas, atendo-se ao contexto teórico de Raz, ambos os vizinhos, Jorge e eu temos razões para nossas ações. Jorge pensa que pode tocar a qualquer hora, inclusive perto das 22h ou no domingo de manhã, às 8 horas. Eu entendo que Jorge está nos perturbando, principalmente ao tocar domingo de manhã, às 8 horas e porque, também, temos uma criança em casa que dorme até às 10 da manhã. Optamos por escolher um árbitro para decidir a questão. O árbitro vai sopesar e avaliar as nossas razões, as razões de Jorge e as minhas razões e determinar a sua diretiva para o caso. O árbitro funciona, então, como autoridade, emitindo uma diretiva autoritativa que cancela e substitui as

---

<sup>121</sup> RAZ, Joseph. *Ethics in the public domain*. Essays in the morality of Law and politics. New York: OUP, 1995, p. 214.

nossas razões para aquela situação. Indo mais além, o direito, que contém regras sobre o assunto conflituoso (seja o mais amplo, da lei federal, seja o mais específico vertido na convenção condominial) tem pretensão de autoridade legítima sobre todas as razões particulares dos sujeitos envolvidos. As regras do direito são razões excludentes e preferenciais, elas visam cancelar e substituir (são “preemptivas”) as razões específicas para a ação dos sujeitos.

Para o positivismo jurídico exclusivo, a identificação do direito não deve depender de critérios morais. O que é o direito, em um sistema jurídico, depende de fatos sociais. A validade da norma jurídica independe de critérios morais. O critério pode recorrer à linguagem moral, mas não é fundamental, a natureza moral não é determinante para a juridicidade. Todas as vezes que os critérios morais estão em jogo, eles são discutíveis. A moralidade, por si só, não tem como impor razões preferenciais e excludentes. Conceitualmente, não é possível um sistema jurídico baseado em critérios morais de validade.

As razões morais são de primeira ordem, não possuem razões preemptivas ou preferenciais. O direito não pode usar critérios morais porque as razões morais são de primeira ordem. As razões morais não têm preempção, porque sempre é possível reabrir o debate sobre a moralidade ou juízos morais.

Como mencionamos no início deste tópico, Andrei Marmor apresenta o seu positivismo jurídico exclusivo, em *Law positive and objective values*, reelaborando e renominando as teses de Raz. Inicialmente, para Marmor, o direito é uma prática social fundada sobre convenções constitutivas, ou seja, um conjunto de convenções que determinam o que é a prática e como alguém se engaja nela <sup>122</sup>.

Tais convenções constitutivas não representam considerações morais, porque não há nenhum papel que as convenções constitutivas possam desempenhar para determinar que as pessoas devem agir de acordo com razões morais. Política, moralidade, ética e considerações similares sustentam-se sobre nosso raciocínio prático e não em convenções. Para Marmor, as

convenções constitutivas podem fazer a diferença somente por determinar modos específicos nos quais padrões políticos, morais e outros tornam-se parte do direito, ou seja, parte de uma prática social convencionalmente estabelecida. E isto precisamente é o que as convenções de reconhecimento

---

<sup>122</sup> MARMOR, Andrei. *Law positive and objective values*. New York: Oxford University Press, 2001, p.51. É preciso dizer que Joseph Raz também trata de John Searle e do conceito de convenções constitutivas em *Razão Prática e Normas*, p.104-106.

fazem: constituem práticas de fazer o direito, mudá-lo, aplicá-lo a casos novos <sup>123</sup>.

O argumento de Marmor prossegue, afirmando que isso não é tão simples porque as convenções exercem papel significativo ao moldar nossas concepções morais, particularmente com respeito aos tão chamados conceitos morais “sólidos” como “vergonha”, “castidade”, “polidez”. Marmor não nega que o conteúdo de tais conceitos é determinado por convenções sociais, mas a questão crucial é que as convenções constitutivas não exercem papel de determinar que devemos agir conforme razões morais. A moral e outras razões práticas estão lá para ser representadas, independente de convenções. As convenções podem constituir parte daqueles meios para agir moralmente nesta ou naquela situação, mas elas não podem constituir razões para agir conforme razões <sup>124</sup>.

A tese da diferença prática sintetiza-se desta forma: o direito elabora razões novas para agir, razões que alguém não tem como agente moral, razões além das razões que alguém tem como agente moral. O direito faz diferença prática porque impõe uma solução em casos conflitantes a partir de sua pretensa autoridade. O direito não pode apelar à moral, senão não há diferença prática. Apelar à moral é reabrir o debate moral. “O argumento de Raz da autoridade não objetiva excluir qualquer tipo de consideração moral ou valorativa do discurso legal. Somente objetiva provar que a moralidade não pode determinar o que o direito é” <sup>125</sup>.

A tese da diferença prática é sintetizada por Jules Coleman (defensor do “incorporacionismo”, rótulo criado por ele mesmo para o seu positivismo jurídico inclusivo): “é a alegação de que, para ser direito, uma proclamação autoritativa deve ser

---

<sup>123</sup> MARMOR, *op.cit.*, p.51. Originalmente, o conceito de “convenções constitutivas” é de John Searle, em *Atos de fala*: “Regras regulativas regulam formas de conduta existentes independente ou antecedentemente; p.ex., muitas regras de etiqueta regulam relações entre pessoas que existem independentemente das regras. Mas, as regras constitutivas não regulam meramente: criam ou definem novas formas de conduta”. (...) “As regras do futebol ou do xadrez, p.ex., não regulam meramente o fato de jogar futebol ou xadrez, senão que criam, por assim dizer, a possibilidade mesma de jogar tais jogos (...) As regras regulativas regulam uma atividade preexistente, uma atividade cuja existência é logicamente independente das regras. As regras constitutivas constituem (e também regulam) uma atividade cuja existência é logicamente dependente das regras. (...) “uma cerimônia de casamento, uma partida de futebol, um juízo e uma ação legislativa incluem uma variedade de movimentos físicos, estados e sensações brutas, mas uma especificação de um destes eventos, feita somente em tais termos, não é suficiente para especificá-lo como uma cerimônia de casamento, uma partida de futebol, um juízo e uma ação legislativa (...) São fatos institucionais. São fatos, mas pressupõem a existência de certas instituições humanas. Estas instituições são sistemas de regras constitutivas. (“X conta como Y no contexto C”): v. SEARLE, John. *Actos de habla*. Ensayo de filosofía del lenguaje. Tradução de Luis Valdez Villanueva. Barcelona: Editorial Planeta Agostini, 1994, p. 42-43; 59-60.

<sup>124</sup> MARMOR, *op.cit.*, p.51.

<sup>125</sup> MARMOR, *op.cit.*, p.63.

capaz de fazer diferença prática, ou seja, uma diferença na estrutura ou conteúdo da deliberação e ação”<sup>126</sup>.

Neste mesmo artigo – *Incorporationism, Conventionality and the Practical Difference Thesis* – Coleman trava um debate conhecido com Scott Shapiro a respeito da incompatibilidade do “incorporacionismo” (inserido no inclusivismo) com a tese da diferença prática (inserida no exclusivismo). Neste debate, Coleman admite esta incompatibilidade, fazendo um resumo dos argumentos de Shapiro:

A forma geral de uma regra de reconhecimento é: uma regra (padrão, princípio, norma) é uma regra legal (padrão, princípio, norma, i.e., direito válido) prevista para satisfazer condições  $x_1, x_2... x_n$ . Isso envolve que todas as regras que satisfazem  $x_1, x_2... x_n$  devem ser, em princípio, capazes de criar razões para agir. Quando as duas alegações são conjugadas, podemos formular a regra de reconhecimento como tendo a forma geral: guie sua conduta pelas regras que satisfazem as condições  $x_1, x_2... x_n$ . Agora, pegue uma regra de reconhecimento incorporacionista: uma regra é uma regra legal prevista que é uma regra moral. Seguindo as operações desenhadas acima, traduz-se como a regra: “guie sua conduta por regras morais” ou simplesmente “aja moralmente”<sup>127</sup>.

Não há uma diferença prática na segunda formulação. Normas morais não criam razões excludentes para agir. Se um agente é guiado por uma regra de reconhecimento inclusiva, ele não pode ser guiado por princípios morais supostamente validados por ela<sup>128</sup>.

Scott Shapiro, em sua obra mais conhecida – *Legality* – desenvolve a teoria dos planos sociais, colocando o direito como uma das atividades de planejamento, mediante normas jurídicas, ou seja, um plano coletivo vinculante. “Vinculante” no sentido raziano de impor razões preferenciais para agir em determinado sentido. Por outro lado, Shapiro admite um propósito moral para o direito (*Moral aim thesis*): em sentido amplo e contextual, o direito como sistema normatiza e organiza conduta, tenta desfazer incertezas e inseguranças e objetiva impor determinados objetivos. Apesar deste amplo “propósito moral” (que poderia ser chamado de “moral”), não significa que seu conteúdo seja moral ou suas consequências sejam morais ou os critérios para definir o direito sejam morais<sup>129</sup>.

<sup>126</sup> COLEMAN, Jules. Incorporationism, Conventionality and the Practical Difference Thesis. In: COLEMAN, Jules (Ed.). *Hart's Postscript. Essays on The Postscript to the Concept of Law*. New York: Oxford University Press, 2001, p.99-148. V. p.101.

<sup>127</sup> Ibidem, p. 142-143.

<sup>128</sup> SHAPIRO, Scott. On Hart's Way Out. In: COLEMAN, Jules (Ed.). *Hart's Postscript. Essays on The Postscript to the Concept of Law*. New York: Oxford University Press, 2001, p.149-192. V.p.177-182.

<sup>129</sup> SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge, Massachusetts, London, England: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p.172-176; 213-217.

Em uma de suas obras mais recentes – *Between Authority and Interpretation* – Joseph Raz retoma sua teoria do direito como autoridade institucional e apresenta um resumo da sua versão do positivismo (exclusivo, duro) desta forma:

a) a filosofia do direito não é *value-free*. O direito é explicado do ponto de vista interno hartiano. É uma autocompreensão da natureza da prática e das instituições que nos cercam. É uma autocompreensão prática que envolve quem somos, o que é certo e errado, bom e mau, enfim, envolve valor.

b) o direito reivindica autoridade moral legítima. Isto explica porque o direito é apresentado em termos morais. Quando um sistema legal é imposto, os funcionários do sistema (*officials*), principalmente, acreditam que ele pretende ser justificado. Não significa que ele seja. Depende dos padrões pelos quais o direito é julgado. O direito, como uma instituição social complexa, é para ser julgado bom somente se uma reivindicação de autoridade é moralmente garantida.

c) o direito e suas instituições estão entre os constituintes centrais de uma comunidade política.

d) o direito pode falir moralmente. Pode não justificar as reivindicações morais que faz. Se não fosse assim, a própria ideia de criticar o direito ou os fundamentos morais do direito seria incoerente.

e) o conteúdo do direito pode ser identificado sem recurso a argumentos morais<sup>130</sup>. O direito é uma estrutura de coordenação de segunda ordem. Para o direito ser capaz de preencher esta função e, portanto, gozar de autoridade moral, deve ser capaz de ser identificado sem referência a questões morais que ele “substitui” (*pre-empts*). Algo como direito não pode ser autoridade se não obstar e substituir (*pre-empt*) as razões de fundo (*background reasons*)<sup>131</sup>.

Para o positivismo jurídico exclusivo, o direito não incorpora critérios morais. Conceitualmente, o direito não incorpora critérios morais. Há, portanto, a negação da tese da incorporação, principalmente a incorporação ocorrente na regra de reconhecimento. No positivismo jurídico inclusivo, os critérios morais podem fazer parte da regra de reconhecimento, portanto podem identificar o direito. O positivismo jurídico inclusivo pretende compatibilizar a tese da incorporação e a tese da separação. Para o positivismo jurídico exclusivo, estas teses são incompatíveis. A função

---

<sup>130</sup> RAZ, Joseph. *Between authority and interpretation*. On the Theory of Law and Practical Reason. New York: OUP, 2009, p.111-114.

<sup>131</sup> *Ibidem*, p.141.

mediadora do direito diminui com o apelo ao conteúdo moral. A validade deriva das fontes sociais do direito. A pretensão de autoridade legítima do direito é uma característica fundamental, a partir da qual o direito pode ser definido, sem recurso a critérios morais, mas, por outro lado, o positivismo jurídico exclusivo não nega a presença de linguagem moral no direito, nem o raciocínio moral do juiz em decisões judiciais.

### 3.6 O QUE HÁ DE COMUM ENTRE OS POSITIVISTAS JURÍDICOS?

Joseph Raz, considerado um dos maiores expoentes do positivismo jurídico exclusivo (duro, radical), faz as seguintes afirmações, em uma obra recente: “é tempo de abandonar a metáfora dramática do direito excluindo a moralidade”<sup>132</sup>; “a negativa de conexões necessárias entre direito e moral não pode ser sustentada”<sup>133</sup>.

Se um expoente do positivismo jurídico exclusivo – considerado o “verdadeiro” positivismo jurídico por Dworkin – faz esta afirmação, ainda podemos manter a famosa “tese da separação” como uma das teses do positivismo jurídico? Como temos acenado desde o início do nosso trabalho, no mínimo, a tese de separação não pode ser mantida como uma tese autônoma do positivismo jurídico. Ainda, a tese de separação precisa ser colocada de acordo com o seu real significado.

Para os positivistas jurídicos contemporâneos, afirmar a tese da separação, em nível conceitual, não quer dizer que o direito não tenha relações com a moralidade. As frases de Raz no início deste tópico não são argumentos isolados e confirmam este entendimento. O que os positivistas jurídicos contemporâneos afirmam é que a existência e a validade do direito não podem depender de critérios morais. A existência e a validade do direito dependem somente de fatos sociais. O que nos leva à questão das fontes do direito. Afirmamos, portanto, que a tese que conjuga ou nomina o positivismo jurídico é a tese das fontes sociais do direito. A tese de separação é, no máximo, uma subtese do positivismo jurídico. Devemos, portanto, esclarecer estas questões<sup>134</sup>.

---

<sup>132</sup> Ibidem, p.192.

<sup>133</sup> Ibidem, p.179-180.

<sup>134</sup> Posição sustentada, entre outros, por John Gardner e Leslie Green, respectivamente, em: GARDNER, J. Legal Positivism: 5 1/2 Myths. *The American Journal of Jurisprudence*. nº 46, p.199-227, 2001; GREEN, Leslie. *Positivism and the inseparability of Law and Morals*. New York University Law Review, Forthcoming; Oxford Legal Studies Research Paper No. 15/2008. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1136374>.

Enfrentando a primeira questão, é preciso dizer que há uma certa divergência em assumir a tese das fontes como uma tese de todos os positivistas. A tese das fontes é um rótulo adotado pelo positivismo jurídico exclusivo, muito explorado por Joseph Raz, que o usa como sinônimo de “positivismo jurídico exclusivo”. Joseph Raz, por exemplo, contrapõe a tese das fontes à tese da incorporação de Jules Coleman (outro nome para positivismo jurídico inclusivo) e à tese da coerência de Ronald Dworkin <sup>135</sup>.

Para acompanhar o pensamento de Joseph Raz sobre o tema específico da tese das fontes é preciso revisar o conteúdo constante das obras *The Authority of Law* (1979), *O Conceito de Sistema Jurídico* (originalmente, sua tese de doutorado de 1970, mas reeditada em 1980) e *Ethics in the Public Domain* (1995).

Em 1979, Joseph Raz sustentava que “em termos muito gerais, a tese social positivista é aquela que afirma que o que o direito é e o que não é é uma matéria de fato social”. Dentre outras, “a tese social é a mais fundamental. É, também, responsável pelo nome ‘positivismo’ que indica a perspectiva de que o direito é ‘posto’, é feito direito por atividades de seres humanos <sup>136</sup>.

Nesta obra – *The Authority of Law* – Joseph Raz defende a sua tese das fontes como “tese social forte” ou, simplesmente, “a tese das fontes” a qual significa exatamente o seguinte: a diferença entre a tese social forte e a fraca é que a forte insiste que a existência e o conteúdo de todo o direito é totalmente determinado pelas fontes sociais, ou seja, os testes para identificar o conteúdo do direito e determinar sua existência dependem exclusivamente de fatos do comportamento humano capazes de ser descritos em termos “neutros de valor” (*value-neutral*) e aplicados sem recurso ao juízo moral <sup>137</sup>. Nesta questão, portanto, Joseph Raz identifica o positivismo jurídico inclusivo com a tese social fraca e o seu positivismo jurídico exclusivo com a tese social forte. A tese social fraca admite que a identificação de algumas leis depende de argumentos morais ou, em outras palavras, a determinação do que é o direito, em certos casos, depende de considerações morais. Por outro lado, a tese social forte é contra este entendimento e afirma que a regra que se refere à moralidade é realmente direito, mas a moralidade para a qual se refere não é incorporada ao direito <sup>138</sup>.

---

<sup>135</sup> P.ex., no capítulo 10 (*Authority, Law, and Morality*) da obra *Ethics in the public domain. Essays in the morality of Law and politics*. New York: OUP, 1995, p.210-237.

<sup>136</sup> RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 1979, p.37-38.

<sup>137</sup> *Ibidem*, p.39-40 e 47.

<sup>138</sup> *Ibidem*, p.45-46- 47.

Em *The Authority of Law*, Joseph Raz também pontua especificamente o que entende por “fonte” do direito (tema que será retomado nas obras posteriores), dizendo que usa fonte “em algum sentido técnico”, ou melhor:

Um direito tem uma fonte se seu conteúdo e existência podem ser determinados sem usar argumentos morais (mas permitindo argumentos sobre visões e intenções morais das pessoas, que são para interpretação). As fontes do direito são aquelas fontes em virtude das quais é válido e identificam seu conteúdo. O sentido de “fonte” é mais largo do que “fontes formais” que são aquelas que estabelecem a validade do direito (um ou mais atos do parlamento junto com um ou mais precedentes podem ser a fonte formal de um estado de direito). “Fonte” como é usada aqui inclui também “fontes interpretativas”, ou seja, todos os relevantes materiais interpretativos. As fontes do direito nunca compreendem um ato singular, mas um todo de alcance de fatos de variados tipos.<sup>139</sup>

Posteriormente, em *O Conceito de Sistema Jurídico*, o discurso de Joseph Raz modifica-se um pouco para tratar dos “sistemas jurídicos”. Na reedição desta obra, em 1980, há um “Pós-escrito” no qual, novamente, dedica-se a esclarecer a sua “tese das fontes”. Entretanto, nesta obra, o argumento central usado é a partir dos chamados “estágios deliberativos e executivos” de criação e aplicação das normas jurídicas.

Desta forma, um sistema jurídico pode ser concebido como um sistema de razões para a ação. A identidade de um sistema jurídico é definida a partir de quais razões são jurídicas, ou, mais precisamente, quais razões são as razões jurídicas de um mesmo sistema jurídico. Joseph Raz aponta três características necessárias para que uma razão seja uma razão jurídica: (1) As razões jurídicas são aplicadas e reconhecidas por um sistema de tribunais; (2) Os tribunais estão obrigados a aplicá-las de acordo com suas práticas e costumes; (3) As razões jurídicas são aquelas que podem ser estabelecidas com fundamento nos fatos sociais, sem que seja necessário recorrer a argumentos morais. Esta última condição, como já mencionamos anteriormente, recebe o nome de “tese das fontes”<sup>140</sup>.

É interessante observar que Joseph Raz afirma, tanto em *The Authority of Law* como em *O Conceito de Sistema Jurídico* que a “tese das fontes”, uma vez bem compreendida, não é monopólio do positivismo jurídico. De maneira espantosa para alguns, a “tese das fontes” poderia ser aceita por jusnaturalistas contemporâneos como Lon Fuller e John Finnis. O que ocorreu? Contemporaneamente, ocorreu uma nova compreensão do positivismo jurídico e do jusnaturalismo, possibilitando uma aproximação entre ambos. Nesta nova compreensão, o jusnaturalismo contemporâneo

<sup>139</sup> Ibidem, p.47-48.

<sup>140</sup> RAZ, Joseph. *O conceito de sistema jurídico*. Uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. Trad. de Maria Cecília Almeida. São Paulo: Editora WMF, 2012, p. 283-284.

admite uma série de caracteres para o direito que combinam com o positivismo jurídico e se desfaz o dogma de que o jusnaturalismo defendia uma conexão entre direito e moral, no sentido de que uma lei injusta não seria lei <sup>141</sup>.

Como vimos, um sistema jurídico é um sistema de razões para a ação. A identidade de um sistema jurídico é definida a partir de quais razões são jurídicas. Joseph Raz utiliza-se de uma metáfora para explicar os “estágios deliberativos e executivos” na definição de normas que estabelecem razões para a ação. Enquanto há debate sobre qual será o conteúdo da norma, qual a finalidade, qual a norma mais justa, há avaliação, há a presença do debate moral, estamos, enfim, no estágio deliberativo. Cessado este estágio, cessa, também a avaliação e os critérios morais definidores da norma. Passamos para o estágio executivo, estágio de aplicação da norma, no qual não deve ser reaberto o debate moral, deve haver um afastamento entre direito e moral, uma diferenciação entre direito e moral. Para Raz, as sociedades com este tipo de sistema jurídico adotam a tese das fontes sociais do direito, ou seja, o direito é estabelecido sem recurso a critérios morais.

O capítulo 10 da obra *Ethics in the public domain*, chamado *Authority, Law, and Morality* recupera os principais temas da filosofia do direito raziana, a saber, a concepção institucional e autoritativa do direito, as razões jurídicas funcionando como razões excludentes preferenciais e a tese das fontes <sup>142</sup>.

Nesta obra, Joseph Raz usa “tese das fontes” como sinônimo de “positivismo jurídico exclusivo”, contrapondo-a à tese da incorporação de Jules Coleman e à tese da coerência de Ronald Dworkin. Tais teses são resumidas assim:

Tese das Fontes (*Sources Thesis*): Todo o direito é baseado na fonte (*source-based*).

Tese da Incorporação (*Incorporation Thesis*): Todo o direito é ou baseado na fonte (*source-based*) ou implicado pelo direito baseado na fonte.

Tese da Coerência (*Coherence Thesis*): o direito consiste no direito baseado na fonte (*source-based*) juntamente com a justificação moralmente mais sólida do direito baseado na fonte. <sup>143</sup>

A natureza autoritativa do direito dá preferência à tese das fontes. As fontes comuns do direito – legislação, precedentes, costumes – são fontes de diretivas autoritativas. As teses da incorporação e da coerência não atendem a este requisito, são incompatíveis com a natureza autoritativa do direito.

<sup>141</sup> MACCORMICK, Neil. Natural Law and the separation of Law and Morals. In: GEORGE, Robert (Ed.). *Natural Law Theory*. Contemporary Essays. New York: OUP, 1992, p.105-133.

<sup>142</sup> RAZ, Joseph. *Ethics in the public domain*. Essays in the morality of Law and politics. New York: OUP, 1995, p.210-237.

<sup>143</sup> Ibidem, p.210-211.

Nesta obra, mais uma vez, Joseph Raz procura explicitar o que entende como “tese das fontes” e quais seriam as fontes do direito. Neste sentido, admite que a tese das fontes tem um sentido estreito e um largo. O sentido estreito refere-se às condições de verdade das proposições legais puras somente (*pure legal statements only*), aquelas que afirmam o conteúdo do direito como regras, princípios, doutrinas. O sentido largo, por sua vez, refere-se às condições de verdade de todas as proposições legais (*all legal statements*), incluindo a aplicação delas. A tese das fontes, conclui, “reivindica que a verdade ou a falsidade das proposições legais depende de fatos sociais que podem ser estabelecidos sem recurso ao argumento moral”<sup>144</sup>.

A conclusão deste tópico – justamente chamado *The Sources Thesis* – dentro do capítulo 10 (*Authority, Law, and Morality*) da obra *Ethics in the public domain* merece uma citação a parte, em função da relevância para a presente discussão:

As considerações esboçadas acima dissipam alguns dos equívocos que rondam a tese das fontes. Primeiro, ela não se compromete com a visão de que todo o direito é direito explícito. Entretanto, muito do que não é explicitamente afirmado em fontes legais é legalmente vinculante. Segundo, a tese das fontes não se assenta sobre a suposição de que o direito não é controverso. Nem implica esta conclusão. Sua alegação de que a existência e o conteúdo do direito é matéria de fato social que pode ser estabelecido sem recurso ao argumento moral não pressupõe nem implica a proposição falsa de que todas as matérias factuais são incontroversas, nem a igualmente falsa visão de que todas as proposições morais são controversas. A tese das fontes é baseada sobre o papel mediador do direito.<sup>145</sup>

O calcanhar de Aquiles do positivismo jurídico é a interpretação judicial. Em sistemas jurídicos de direito escrito (sistema romano-germânico), ninguém nega a prevalência da legislação. Do mesmo modo, os positivistas jurídicos não negam a discricionariedade judicial em certos casos (resolução de lacunas e antinomias), mas é neste ponto que os defensores da incorporação da moral no direito se fundamentam com mais força. Joseph Raz afirma que o sistema jurídico pode estabelecer regras de interpretação (e de fato, estabelecem), mas a tese das fontes, em si mesmo, não dita qualquer regra específica de interpretação. O ponto essencial é que a interpretação deriva de regras e princípios do sistema jurídico, de caráter institucional e a partir de diretivas autoritativas que remontam a fatos sociais e não à moral<sup>146</sup>.

É esclarecedor, portanto, que a tese essencial característica do positivismo jurídico é a tese das fontes sociais do direito. Quanto à questão da conexão ou não com a moral, a questão é uma questão mal colocada. Devemos mesmo fazer esta pergunta:

---

<sup>144</sup> Ibidem, p.231.

<sup>145</sup> Ibidem, p.234.

<sup>146</sup> Ibidem, p.233-234.

há uma necessária conexão entre direito e moral? Joseph Raz afirma que esta pergunta mais confunde do que esclarece e que este é um “mau teste de tornassol” (*bad litmus*) para a teoria do direito <sup>147</sup>. A questão é: como a moralidade pode acomodar o direito dentro dela? A moralidade vem primeiro. O direito é empoderado pela moralidade, mas o direito pode instruir os juízes a não seguir a moralidade, ou a seguir ou seguir parcialmente <sup>148</sup>. A própria existência do direito, mesmo do direito moralmente legítimo, significa a exclusão da moralidade. A inclusão só é possível pela habilidade do direito legitimamente excluir e modificar a aplicação da moralidade <sup>149</sup>. Que efeito eles (“os princípios morais”) podem dar uma vez que os juízes estão sujeitos à moralidade de qualquer maneira? São exemplos de aparente incorporação: dignidade da pessoa humana (art.1º da Constituição alemã) e a liberdade de expressão (1ª emenda da Constituição norte-americana). O efeito destes “princípios morais” dentro do direito é modular a aplicação da moralidade e evitar a exclusão da moralidade pelo direito <sup>150</sup>.

Para Raz, enfim, a função do direito é fornecer padrões públicos verificáveis de conduta que visam expressar um juízo obrigatório e autoritativo, observando como a sociedade se organiza. A tese das fontes reflete e explica um aspecto importante do modo no qual compreendemos a instituição social do direito. Raz e os positivistas jurídicos grifam a tese das fontes, um modo importante de observar o direito, a partir de uma de suas diferenças. A moral não é uma diferença. O caráter moral não é uma diferença. Para diferenciar o direito, temos que observar o que é importante, quais são os caracteres importantes do direito. Definir isto é uma avaliação, mas não moral. Não é uma avaliação direta ou moral. Raz grifa a importância de uma instituição social autoritativa, que reivindica autoridade, mas não quais são os princípios morais substantivos envolvidos para que esta instituição exista e atue <sup>151</sup>.

Na teoria do direito brasileira, valendo-se, principalmente, dos ensinamentos dos defensores do positivismo jurídico exclusivo, Bruno Torrano (em sua defesa do positivismo jurídico) resume o que seria o “conteúdo mínimo” do positivismo jurídico:

(A) A neutralidade na identificação do direito: a existência e a validade do que é o direito não depende de critérios morais. Há uma diferenciação entre direito e outros

---

<sup>147</sup> RAZ, Joseph. *Between authority and interpretation*. On the Theory of Law and Practical Reason. New York: OUP, 2009, p.167.

<sup>148</sup> Ibidem, p.189-190.

<sup>149</sup> Ibidem, p.190-191.

<sup>150</sup> Ibidem, p.189 e 202.

<sup>151</sup> DICKSON, Julie. *Evaluation and legal theory*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2001, p.120-121.

sistemas normativos, mas o direito reivindica autoridade sobre os outros sistemas normativos (moral, religião). Esta reivindicação de autoridade legítima é uma reivindicação moral. Assim, a tese de separação entre direito e moral não é mais uma tese que identifique o positivismo jurídico ou não é uma tese adequada para identificá-lo.

(B) A tese das fontes sociais do direito (*Source thesis*): o direito é identificado por fontes sociais humanas. Estas fontes são contingentes, históricas e dependem do sistema político. Em geral, estas fontes correspondem à legislação, decisões judiciais e costumes.

(C) O direito é um meio para alcançar determinados fins sociais <sup>152</sup>.

Juliano Maranhão, por sua vez, entende que o positivismo depende ainda da “tese de objetividade das fontes”, segundo a qual pelo menos parte do conteúdo proveniente das fontes deve ser claramente identificável sem a interferência de considerações valorativas. Este autor divide a “tese de objetividade das fontes” em duas versões: fraca e forte. A versão fraca afirma que a identificação das fontes dotadas de autoridade é objetiva. A versão forte acrescenta a essa identificação das fontes a tese de que parte do conteúdo promulgado também é identificável sem necessidade de recurso a considerações valorativas <sup>153</sup>.

Outro pesquisador brasileiro, Thomas Bustamante, também percebeu a importância do problema das fontes do direito, a partir do trabalho de uma série de autores, principalmente Aulis Aarnio e Aleksander Peczenik <sup>154</sup>. Juntando os trabalhos de Peczenik e Aarnio, apresenta a proposta de classificação das fontes do Direito em três categorias: *must-sources*; *should-sources* e *may-sources*. O primeiro grupo, das fontes obrigatórias em sentido forte (*must-sources*), compreende os materiais normativos com mais alto teor de normatividade. O segundo, fontes obrigatórias em sentido frágil (*should-sources*). Por último, o grupo das fontes permitidas (*may-sources*) é formado por aquelas a que um aplicador do Direito pode se referir na argumentação

---

<sup>152</sup> ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. Contra o Pós-Positivismo: Breve ensaio sobre o conteúdo e a importância teórica do positivismo jurídico. In: *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano 1 (2012), nº 11, p.6474-6479. Disponível em: <http://www.cidp.pt/revistas/ridb>. Acesso em 02 de fevereiro de 2017.

<sup>153</sup> MARANHÃO, Juliano. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p.37.

<sup>154</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O Direito e a incerteza de suas fontes: um problema em aberto para a dogmática jurídica contemporânea. In: *Rev. Fac. Direito UFMG*, Número Especial: Jornadas Jurídicas Brasil-Canadá, pp. 299-325, 2013. AARNIO, Aulis. *The Rational as Reasonable*. A Treatise on Legal Justification. Dordrech: D. Reidel Publishing Company, 1987. PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*. Dordrecht Heidelberg New York London: Springer Science+Business Media Dordrecht, 2008.

jurídica”<sup>155</sup>. Neste sentido, inspirado na tabela de Aarnio, Thomas Bustamante apresenta a seguinte tabela, juntando as denominações dos dois autores<sup>156</sup>:

FONTES DO DIREITO:

	Fortemente vinculantes ( <i>must-sources</i> )	Fragilmente vinculantes ( <i>should-sources</i> )	Fontes permitidas ( <i>may-sources</i> )
Justificação dotada de autoridade (fontes do Direito dotadas de autoridade)	Textos legais Costumes	Decisões judiciais (precedentes) <i>Travaux préparatoires</i>	Dogmática jurídica Direito estrangeiro etc.
Justificação substancial ou material (fontes não estritamente autoritativas)	Costumes		Princípios gerais do Direito, princípios morais, argumentos práticos

Na esteira do que vimos tratando neste tópico, Thomas Bustamante afirma “que a tese central do positivismo já não é mais a tese da separabilidade entre o direito e a moral, mas a tese das fontes sociais, isto é, a tese de que basta se identificar uma ‘fonte’ jurídica para se identificar o Direito”<sup>157</sup>. Entretanto, concordamos em parte com a posição de Thomas Bustamante, neste sentido: a) conforme o exposto neste tópico, sim, a tese caracterizadora do positivismo jurídico é a tese das fontes do direito; b) porém, ao defender este aspecto, não estamos afirmando que o positivismo jurídico está superado e defendendo as correntes mal-rotuladas de “pós-positivismo jurídico”. O positivismo jurídico precisa, sim, tratar adequadamente o tema das fontes e, entre elas, a jurisprudência (o direito feito pelos juízes). Para isso, há vários positivistas (ainda que chamados de “positivistas normativos”) que ofereceram um tratamento adequado do raciocínio e da argumentação jurídicos como, p.ex., Frederick Schauer e Neil MacCormick. Além disso, há o argumento do direito como autoridade institucional defendido pelos exclusivistas apresentado no tópico anterior. Ora, não é qualquer princípio moral que é fonte do direito e, ainda, o princípio moral será utilizado pelo juiz em alguns casos, como fundamentação decisória. O próprio Aulis Aarnio (autor da

<sup>155</sup> BUSTAMANTE, *op.cit.*, p.314.

<sup>156</sup> BUSTAMANTE, *op.cit.*, p.316. O quadro original está em AARNIO, *op.cit.*, p. 93. O tema, de modo extenso, é tratado em Peczenik, *op.cit.*, p. 261-263 e Aarnio, *op.cit.*, p. 77-95.

<sup>157</sup> BUSTAMANTE, *op.cit.*, p.310, nota 28.

tabela usada por Thomas Bustamante) afirma que “é impossível categoricamente traçar uma linha definida afirmando se princípios morais são fonte do direito”<sup>158</sup>.

A título de conclusão deste tópico, vamos lembrar as formalizações das teses positivistas feitas por John Gardner e Scott Shapiro. Como vimos no primeiro capítulo, no *paper Legal Positivism: 5 1/2 Myths*, para Gardner, são “positivistas jurídicos” aqueles que endossam a seguinte proposição (LP): “Em qualquer sistema legal, para que uma dada norma seja legalmente válida e seja parte do direito daquele sistema, depende de suas fontes e não de seus valores (“méritos”)”. Posteriormente, há a reformulação de “LP”: (LP\*) “Em qualquer sistema legal, para que uma dada norma seja legalmente válida e seja parte do direito daquele sistema, depende de suas fontes e não de valores (“méritos”) (onde seus valores/méritos, em sentido relevante, incluem os valores/méritos de suas fontes)”<sup>159</sup>.

Scott Shapiro propõe duas formulações a respeito da tese das fontes. A primeira é chamada “tese da exclusividade”: “Fatos legais são determinados por fatos sociais somente”. A segunda é chamada de “tese definitiva” (última): “Fatos legais são definitivamente determinados por fatos sociais somente”<sup>160</sup>. O positivismo jurídico exclusivo aceita ambas as teses, enquanto o positivismo jurídico inclusivo rejeita a última. Joseph Raz usava, como já referimos, tese das fontes forte e fraca.

A tese das fontes é a tese que pode agrupar os positivistas jurídicos no ponto em que todos aceitam que o direito é resultado de fontes sociais humanas, derivando dela o próprio nome “positivismo”. A divergência fica por conta da admissão ou não da moralidade como critério identificador do direito. Para diferenciar o direito, o positivismo jurídico exclusivo apela para a tese forte das fontes: a existência e o conteúdo de todo o direito é totalmente determinado pelas fontes sociais, ou seja, os testes para identificar o conteúdo do direito e determinar sua existência dependem exclusivamente de fatos do comportamento humano capazes de ser descritos em termos “neutros de valor” (*value-neutral*) e aplicados sem recurso ao juízo moral<sup>161</sup>.

---

<sup>158</sup> AARNIO, *op cit.*, p. 87.

<sup>159</sup> GARDNER, J. Legal Positivism: 5 1/2 Myths. In: *The American Journal of Jurisprudence*. nº 46, p.199-227, 2001. Republicado em GARDNER, J. *Law as leap of faith: essays on law in general*. New York: OUP, 2012.

<sup>160</sup> SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge, Massachusetts, London, England: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p.269-270.

<sup>161</sup> RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 1979, p.39-40.

### 3.7 O POSITIVISMO JURÍDICO (EXCLUSIVO) NORMATIVO

Na filosofia do direito contemporânea, há uma divisão aceita entre teoria do direito analítica (*analytical jurisprudence*) e a teoria do direito normativa (*normative jurisprudence*). Em um resumo grosseiro, a *analytical jurisprudence* preocupa-se com o conceito, o que é e o que não é direito, a existência e o conteúdo do direito, a questão das fontes do direito. A *normative jurisprudence*, a partir de um entendimento do direito, afirma como o direito deve ser. Na expressão de Scott Shapiro, a *analytical jurisprudence* trata dos fundamentos metafísicos do direito, enquanto a *normative jurisprudence* trata dos fundamentos morais do direito <sup>162</sup>.

Em que pesem algumas diferenças específicas entre eles, há um grupo de filósofos e teóricos do direito rotulados de “positivistas normativos”: Tom Campbell, Jeremy Waldron, Frederick Schauer e Neil MacCormick. Em uma visão panorâmica, podemos afirmar que a preocupação que os une é a ligação entre o direito e o “estado de direito” ou o “governo da lei” (*Rule of Law*) e os caracteres fundamentais deste *Rule of Law* <sup>163</sup>. Dentro deste grande grupo, podemos separá-los em dois grupos menores. O grupo que revela preocupação direta com a relação do direito com os caracteres do *Rule of Law* e a questão democrática: Tom Campbell e Jeremy Waldron. E o grupo que, além da preocupação com o *Rule of Law*, analisa especificamente a questão das regras, da argumentação jurídica e da decisão judicial: Frederick Schauer e Neil MacCormick. Há, também, rótulos diferentes para suas teorias: Tom Campbell prefere “positivismo ético” ou “prescritivo” (*Prescriptive legal positivism*), enquanto Jeremy Waldron opta por “positivismo normativo” (*Normative positivism*). Frederick Schauer opta, por vezes, por “positivismo presumido” (*Presumptive positivism*) e Neil MacCormick chama sua teoria de “institucional” ou, ainda, até mesmo de “pós-positivismo”. Entretanto, em uma

<sup>162</sup> SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge, Massachusetts, London, England: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p.2.

<sup>163</sup> As palavras inglesas *Law* e *Rule of Law* podem ser usadas em sentido literal ou não. Por exemplo, *Law* pode ser usada como “direito” ou “lei”, dependendo do contexto, enquanto que *Rule of Law* literalmente é o “governo da lei/direito”, mas é tradicionalmente traduzida como “Estado de direito”. Como exemplos de traduções consolidadas, podemos apontar as obras *Rethoric and the Rule of Law* e *The Ultimate Rule of Law*: MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Verissimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008; BEATTY, David M. *A essência do Estado de Direito*. Tradução Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Martins Fontes, 2014. O tradutor de MACCORMICK, entretanto, faz uma observação importante: em inglês, *Rule of Law* indica tanto um tipo de estado como um tipo de direito e decisão judicial atrelados ao princípio da legalidade. Esta riqueza de significado do *Rule of Law* equivaleria mais ao nosso “Estado democrático de direito” (MACCORMICK, *op.cit*, p.XXVI-XXVII).

classificação panorâmica do positivismo jurídico, eles são colocados entre os “positivistas normativos”<sup>164</sup>.

Dentro do primeiro grupo, há uma clara referência aos positivistas jurídicos clássicos Jeremy Bentham e John Austin, havendo, inclusive a adoção, por alguns, do adjetivo “neobenthamista”. Para Tom Campbell, o positivismo jurídico normativo defende uma “tese das fontes normativa” e uma “tese da separação prescritiva”. Esta tese pretende determinar o que o direito deve ser não em relação ao conteúdo, mas em relação à forma. O positivismo ético afirma que o direito pode ou não incorporar a moralidade em sua regra de reconhecimento, mas o sistema legal não deve incluir critérios morais na lista autorizativa das fontes do direito. É uma forma prescritiva, não analítica, de positivismo jurídico duro ou exclusivo<sup>165</sup>.

Tom Campbell revela preferência pelo termo ética. Fala em “ética do positivismo” ou “positivismo ético”. A ética do positivismo relaciona-se com a conduta daqueles que preenchem os vários papéis dentro do sistema do governo através das regras, principalmente legisladores, cidadãos, advogados e juízes. Estes papéis estão ligados aos ideais das instituições respectivas, de tal forma que “questões de ética não podem ser resolvidas sem referência aos ideais da instituição dentro da qual estes papéis tem significado e a justificação que suporta o sistema...”<sup>166</sup>.

Para Jeremy Waldron, trata-se do positivismo jurídico como uma tese normativa ao invés de descritiva ou conceitual. Enquanto Campbell prefere positivismo ético, Waldron prefere positivismo normativo. Waldron coloca ele próprio, Gerald Postema, Tom Campbell, Neil MacCormick e, também, Joseph Raz como inseridos nesta perspectiva<sup>167</sup>. Entretanto, a referência à Joseph Raz como positivista normativo é sutil,

---

<sup>164</sup> Uma confirmação do panorama pode ser vista nas seguintes obras: CAMPBELL, Tom. *Prescriptive legal positivism: Law, rights and democracy*. UCL Press: Londres, 2004. MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldea Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006; MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Verissimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. *An Institutional Theory of Law. New approaches of legal positivism*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1986. SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Oxford University Press, 1998. SCHAUER, Frederick. *The force of law*. Cambridge and London: Harvard University Press, 2015. WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003. WALDRON, Jeremy. Normative (or ethical) positivism. In: COLEMAN, Jules (Ed.). *Hart's Postscript Essays*: New York: OUP, 2001, p.411-433. WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: OUP, 1999.

<sup>165</sup> CAMPBELL, Tom. *Prescriptive legal positivism: Law, rights and democracy*. UCL Press: Londres, 2004, p.26-27.

<sup>166</sup> Ibidem, p.43.

<sup>167</sup> WALDRON, Jeremy. Normative (or ethical) positivism. In: COLEMAN, Jules (Ed.). *Hart's Postscript Essays*: New York: OUP, 2001, p.411-433.

aparecendo apenas em uma nota de rodapé e sem muito debate. Este novo enquadramento de Joseph Raz talvez seja melhor entendido sob o enfoque metodológico no próximo tópico <sup>168</sup>. Neste sentido, Jeremy Waldron afirma que o positivismo jurídico exclusivo não é necessariamente uma posição normativa, mas frequentemente é. A versão do positivismo na qual ele está interessado, portanto, é uma “versão normativa”. Waldron utiliza a terminologia “positivismo negativo x positivismo positivo” dos primeiros artigos de Jules Coleman <sup>169</sup>. O “positivismo negativo” consolidou-se, posteriormente, como incorporacionismo e positivismo jurídico inclusivo e o “positivismo positivo” como positivismo jurídico exclusivo. Neste sentido, “o positivismo normativo deve ser lido, portanto, como uma posição que condena a possibilidade inclusiva que o positivismo negativo deixa espaço” <sup>170</sup> A pretensão dos positivistas normativos “é que os valores associados com o direito, legalidade, *rule of law* – (...) – podem ser melhor alcançados se a operação ordinária de tal sistema não requerer que as pessoas exercitem juízos morais a fim de descobrir o que é o direito” <sup>171</sup>.

Jeremy Waldron reconhece a importância metodológica do positivismo jurídico advinda do próprio Hart constante das vantagens que Hart traça dos sistemas legais sobre os pré-legais. Os sistemas legais visam à superação de deficiências (incerteza, estática, ineficácia) dos sistemas pré-legais. Assim, o regime benéfico das regras secundárias é avaliativo, lembrando Stephen Perry que chama o positivismo de Hart de metodológico <sup>172</sup>.

Em uma obra mais densa – *Law and Disagreement* – Jeremy Waldron define que o positivismo normativo “é a tese de que seria uma coisa boa para o direito ser como o positivismo descritivo pensa”. Lembrando os primeiros textos de Herbert Hart <sup>173</sup> e a influência dos utilitaristas clássicos, afirma que “o positivismo normativo é, ele mesmo, uma reivindicação moral (...). Ele identifica a contaminação de decisões legais pelo juízo moral como uma desvantagem moral” <sup>174</sup>.

---

<sup>168</sup> Ibidem, p.412, nota de rodapé 7.

<sup>169</sup> *Negative and Positive Positivism* tornou-se o primeiro capítulo da obra: COLEMAN, Jules. *Markets, Morals and Law*. Oxford: OUP, 1998.

<sup>170</sup> WALDRON, *op.cit.*, p.414.

<sup>171</sup> Ibidem, p.421.

<sup>172</sup> Ibidem, p.429. Ver o próximo tópico.

<sup>173</sup> Especificamente: HART, Herbert L.A. O Positivismo e a Separação entre o Direito e a Moral. In: *Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia*. Tradução José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.53-96.

<sup>174</sup> WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: OUP, 1999, p.166-167.

Neil Mac Cormick, por sua vez, fala em “ética do legalismo” que deriva do entendimento de que “há valores morais e sociais específicos que dependem da manutenção e suporte de uma ordem normativa institucional para o bem da paz e da previsibilidade entre os seres humanos e como condição (mas não garantia) para manter-se a justiça entre eles”<sup>175</sup>. Em textos mais antigos, Mac Cormick já havia postulado a diminuição da tensão entre o positivismo jurídico e o jusnaturalismo contemporâneo de John Finnis e Lon Fuller, no tocante ao aspecto específico de que ambos defendem ou assumem uma série de caracteres importantes para o direito e para o *Rule of Law*: regras gerais e abstratas, claras, de conhecimento público, obtidas por um procedimento formal, claro, definido; regras prospectivas<sup>176</sup>. Este mesmo entendimento é apresentado por Jeremy Waldron e Joseph Raz.

Frederick Schauer, em *Playing by the Rules*, fala de “rules and the rule of law”: o positivismo é correto na medida em que uma comunidade poderia estabelecer como direito um conjunto de normas ou processos de decisão não dependente de correção moral. No debate descritivo/conceitual, a moralidade é apenas um exemplo de um universo mais amplo do “não-legal”. Há uma espécie de “isolamento sistêmico” do direito: o direito possui um “identificador” que escolhe/seleciona normas de um universo de normas e fornece um teste para a validade legal<sup>177</sup>. O positivismo não mantém uma tese forte de exclusividade. Nada sobre o positivismo compele à ideia de que somente regras legalmente validadas guiam decisões judiciais. O positivismo é sobre a validade legal e não sobre a ação última e nada no positivismo compromete qualquer julgador, incluindo um juiz na corte, a tratar normas positivadas como exclusivas na decisão. Frederick Schauer aposta no que chama “positivismo presumido”: a regra tem prioridade, a regra não está ali para ser deliberadamente descartada, não está ali como uma figura decorativa. Há prioridade para que o resultado surja de um conjunto limitado de regras válidas. O positivismo presumido é uma reivindicação sobre o *status* de um conjunto de normas validadas dentro de um universo de razões para a decisão empregadas pelos julgadores dentro do sistema legal. O uso de “presumido” geralmente refere-se à força possuída pelas regras e mais especificamente ao grau de força tal que a regra é para ser aplicada a menos que razões particularmente

---

<sup>175</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Verissimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.9.

<sup>176</sup> MACCORMICK, Neil. Natural Law and the separation of Law and Morals. In: GEORGE, Robert (Ed.). *Natural Law Theory*. Contemporary Essays. New York: OUP, 1992, p.105-133.

<sup>177</sup> SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Oxford University Press, 1998, p.197-200.

exigentes possam ser fornecidas para não aplicá-la. O positivismo presumido é um modo de descrever a ação recíproca entre um subconjunto validado de regras e o universo normativo total <sup>178</sup>. Como abordamos anteriormente, o “positivismo presumido” de Schauer é uma outra denominação para “formalismo mitigado” dentro do seu quadro de tipos de decisão judicial com dois extremos: o formalismo e o particularismo.

Recentemente, Bruno Celano escreveu um artigo esclarecedor e original sobre o positivismo jurídico normativo, a neutralidade e o *Rule of Law*, tratando a neutralidade como um ideal ético ou ético-político. Mais uma vez, é afirmado que o positivismo jurídico normativo define que é uma coisa boa e aceitável que as leis tenham fontes sociais identificáveis, não controversas e rapidamente acessíveis <sup>179</sup>.

Um conceito relevante de neutralidade relaciona-se com o *Rule of Law*: aqui, o direito deve possuir um conjunto de aspectos institucionais e formais. O positivismo jurídico normativo prevê a neutralidade mediante duas características do *Rule of Law*: 1) *Rule of Law*: estabilidade de expectativas mútuas; 2) *Enlightment Rule of Law*: neutralidade inerente das prescrições.

Bruno Celano afirma que há dois tipos de positivismo jurídico normativo: o largo (*thick*) que possui compromisso com a separação de poderes, com a democracia e a Constituição e o estreito (*thin*), o “positivismo jurídico normativo mínimo” que “entende que a tese da separação entre direito e moral, a separação dos fundamentos do juízo legal x fundamentos do juízo moral é uma coisa boa, algo a ser valorizado e encorajado”.

Bruno Celano distingue, também, duas versões de positivismo jurídico normativo: uma epistêmica e outra substantiva. No âmbito “substantivo”, “o direito deve ser restrito quanto ao seu conteúdo moral”, “deve impor uma porção limitada da moralidade”. No “epistêmico”, encontra-se a desejabilidade de critérios não-morais de validade legal: as leis devem ser reconhecíveis e identificáveis e seu conteúdo deve ser determinado sobre a base dos fatos sociais (acessível, identificável, não controverso) ou fontes, independentemente de considerações morais. Inspira-se na tese das fontes de Joseph Raz, mas difere em dois aspectos: 1) é desejável que o direito possa ser identificado e seu conteúdo determinado sobre a base de fatos sociais rapidamente

---

<sup>178</sup> Ibidem, p.200-204.

<sup>179</sup> CELANO, Bruno. Normative legal positivism, neutrality, and the Rule of Law. (August 1, 2010). In: Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1748408> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1748408>

acessíveis, facilmente identificáveis e não controversos; 2) a tese de Raz é uma exigência do que o direito é. O positivismo jurídico normativo tem como principal exigência: devemos investigar a “tese das fontes normativa”, em suma, o que o direito deve ser<sup>180</sup>.

Em uma apreciação crítica, podemos afirmar que, de certa maneira, o positivismo jurídico normativo foi relegado a um segundo plano em função do grande debate entre positivismo jurídico inclusivo e o positivismo jurídico exclusivo, após as críticas de Dworkin. Sem dúvida, a quantidade de bibliografia referente a este debate é centenas de vezes maior que a referente ao positivismo jurídico normativo. Este fato deixa alguns problemas com pouca ou nenhuma discussão. Alguns exemplos: a) como Jeremy Waldron apenas insinuou: Joseph Raz pode ser visto como “normativo”?; b) a mitigação do dualismo positivismo jurídico x jusnaturalismo tanto pelos exclusivistas como pelos normativistas; c) a observação de cunho metodológico (próximo tópico) de que a teoria exclusivista de Joseph Raz é “indiretamente” avaliativa; d) se o direito é fruto do sistema político e social existente (entendimento do próprio Joseph Raz<sup>181</sup>), a admissão da importância do *Rule of Law* tem influência fundamental sobre o direito. Qual o tipo de *Rule of Law* é assumido pelos positivistas?

A título de conclusão provisória deste tópico, observa-se que os positivistas exclusivos não querem admitir o aspecto normativo do direito, visto que pretendem manter o aspecto descritivo do positivismo e a tese forte das fontes. Não obstante, Joseph Raz, o expoente do positivismo jurídico exclusivo, admite o seguinte: a) o direito diferencia-se da moral, possui diferença prática, mas reivindica autoridade moral; b) o direito é um meio para atingir determinados fins. Este meio depende do sistema político-social do qual faz parte; c) eventualmente, admite a importância do *Rule of Law* no seu aspecto formal, para que não afete a neutralidade da validade do direito. Neste aspecto, algumas características do sistema jurídico confundem-se com as características do próprio *Rule of Law*: a essência do governo deve se sustentar em um conjunto de regras legais estabelecidas publicamente e previamente. Estas regras legais devem possuir determinadas características: regras gerais e abstratas, deliberadas em procedimento formal público, de fácil acesso, com vistas a regular relações jurídicas futuras (em regra, não retroativas).

---

<sup>180</sup> Ibidem, p.2-5.

<sup>181</sup> Encontrado, p.ex., no posfácio de RAZ, Joseph. *O conceito de sistema jurídico*. Uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. Trad. de Maria Cecília Almeida. São Paulo: Editora WMF, 2012, p. 281.

Não podemos esquecer, também, que o positivismo jurídico normativo, antes de ser normativo, é exclusivo. Quanto a uma teoria do direito analítica, ressalta o aspecto exclusivista do direito, entretanto, resgata o aspecto normativo dos primórdios do positivismo jurídico, indicando que o direito deve ser separado da moral, porque a diferenciação é benéfica para o sistema jurídico e político no estilo do *Rule of Law*.

Saindo especificamente do âmbito da teoria do direito e analisando uma obra recente de filosofia política que trata do *Rule of Law* e critica a visão instrumental do direito, podemos observar que a visão instrumental do direito não é responsável pela deterioração completa do *Rule of Law*. Conforme Brian Tamanaha, até aproximadamente o século XIX, prevalecia uma visão não instrumental do direito: admitiam-se princípios supremos (*higher law*) reguladores do próprio legislador soberano. Esta visão não instrumental do direito corresponde ao direito natural, ao direito obtido pela razão ou por princípios substantivos<sup>182</sup>. Durante o final do século XIX e a primeira metade do século XX, cresceu e se estabeleceu a visão instrumental do direito: o direito é um instrumento para determinados fins. O problema é que o direito não pode se transformar em um “vaso vazio”, o instrumento pelo instrumento, para atingir quaisquer fins estabelecidos por quaisquer grupos e interesses. A observação de Brian Tamanaha é importante: os mesmos ideais que forneceram a fundação do direito há milênios foram centrais para o *Rule of Law*. Estes ideais compõem-se de dois conjuntos: 1º) o direito consiste de princípios fundamentais que o próprio legislador soberano deve obedecer, ou seja, há limites legais para o próprio direito. As visões não instrumentais eram a fonte destes princípios; 2º) o direito representa o bem comum público. O direito “da” e “para” a comunidade, merecendo a obediência dos cidadãos. A visão instrumental do direito não segue o primeiro conjunto, mas segue o segundo<sup>183</sup>.

Mais duas questões são dignas de nota neste intercurso pela obra de Brian Tamanaha: a) quando a visão instrumental do direito superou a visão não instrumental do direito, os princípios supremos foram varridos do contexto público ou, no máximo, integraram Declarações de Direitos e Constituições e tornaram-se, ao longo do tempo, pouco vinculantes; b) a superação/desaparecimento da visão não instrumental do direito não pode ser atribuído somente à visão instrumental do direito. Há um conjunto de fatores sociais, culturais, econômicos, p.ex.: a secularização da sociedade, as dúvidas

---

<sup>182</sup> TAMANAHA, Brian. *Law as a Means to an End. Threat to the Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p.215.

<sup>183</sup> *Ibidem*, p.215.

sobre princípios morais objetivos, a heterogeneidade cultural e econômica da população, os conflitos de classe, a especialização da economia de mercado e suas regulações/desregulações<sup>184</sup>.

Este intercurso é válido em dois aspectos que nos interessam: a) como o próprio Joseph Raz admitiu, o sistema jurídico é parte do sistema político e social, as características do sistema jurídico serão afetadas pelo sistema maior; b) o *Rule of Law* é importante para a teoria do direito, visto que traz caracteres importantes para o próprio sistema jurídico. Entretanto, a crítica de Brian Tamanaha é o drama do positivismo jurídico: como manter o ideal de neutralidade do direito sem se tornar um instrumento pelo instrumento, um vaso vazio? Neste sentido, o positivismo jurídico precisaria ir além do *Rule of Law* formal, um debate que pode ser feito pelo positivismo jurídico normativo.

### 3.8 O PROBLEMA METODOLÓGICO: A QUESTÃO DA METAJURISPRUDÊNCIA

Norberto Bobbio talvez tenha sido um dos primeiros filósofos do direito a falar de uma “metajurisprudência”, no seu artigo de 1967, intitulado “Ser e dever ser na ciência jurídica”, constante da obra traduzida no Brasil como *Direito e Poder*<sup>185</sup>. Bobbio faz uma classificação dos tipos possíveis de metajurisprudência. Recentemente, o tema ampliou-se e constitui-se, também, em uma das defesas do positivismo jurídico, sendo marcante a obra *Evaluation and legal theory* de Julie Dickson e os trabalhos de Stephen Perry<sup>186</sup>.

O objetivo central dos trabalhos metodológicos relacionados à chamada metajurisprudência (*metajurisprudence*) é apontar as condições de sucesso de uma teoria do direito (*jurisprudence*). Assim, são avaliadas as distinções dicotômicas tradicionais entre descritivo x prescritivo, teoria do direito “isenta de valor” (*value-free*) e teoria do direito “carregada de valor” (*value-laden*). Em função destes temas, a atitude positivista em relação à moral entra em questão.

---

<sup>184</sup> Ibidem, p.216-217.

<sup>185</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e poder*. Tradução Nilson Moulin. São Paulo: Ed.UNESP, 2008, p.55-87.

<sup>186</sup> DICKSON, Julie. *Evaluation and legal theory*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2001. Os artigos “Hart’s methodological positivism” e “Interpretação e metodologia na teoria jurídica” de Stephen Perry constam, respectivamente, das obras seguintes: COLEMAN, Jules (Ed.). *Hart’s Postscript*. Essays on The Postscript to the Concept of Law. New York: Oxford University Press, 2001, p.311-354 e MARMOR, Andrei (Ed.). *Direito e interpretação*. Ensaios de filosofia do direito. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.145-204.

Julie Dickson é responsável pela seguinte classificação:

(I) para compreender o direito adequadamente, a teoria do direito deve avaliar moralmente o direito (*tese da avaliação moral*);

(II) a teoria do direito deve assegurar que o direito seja um fenômeno moralmente justificado (*tese da justificação moral*);

(III) juízos de valor a respeito de consequências morais benéficas de expor uma teoria do direito pode legitimamente ser um critério de sucesso de uma teoria do direito (*tese das consequências morais benéficas*)<sup>187</sup>.

A contribuição de Dickson parte da análise da teoria do direito de três autores – John Finnis, Joseph Raz e Ronald Dworkin – e revelará, basicamente, dois aspectos importantes para nossa discussão: a) o positivismo jurídico do tipo exclusivo como o de Raz não é *value-free*, mas, de maneira mais exata, é uma teoria do direito indiretamente avaliativa; b) a teoria de Dworkin se enquadra no item III acima, ou seja, defende a tese das consequências morais benéficas.

A distinção entre teorias do direito diretamente e indiretamente avaliativas deriva da admissão de dois tipos de proposições avaliativas: diretamente e indiretamente avaliativas. Por exemplo, proposições diretamente avaliativas são do tipo “X é bom”/ “X é mau” e proposições indiretamente avaliativas são do tipo “X é um importante aspecto de Y”. A teoria do direito de Raz é considerada uma teoria do direito indiretamente avaliativa, a qual não é negada pelo próprio Raz. Este tipo de teoria do direito procura os aspectos importantes do direito, não negando que, ao tomar este caminho, utilize-se uma metodologia normativa, mas, ao mesmo tempo, isso não é um uso da moral no direito. Na esteira de Raz, Dickson entende que proposições que atribuem um valor moral ao direito são proposições diretamente avaliativas, mas há boas razões para abster-se do termo “moral” nesta situação ou admite-se o termo “moral” somente em uma compreensão larga de moralidade que não é precisa e serve para os mais variados aspectos<sup>188</sup>. Os motivos para a abstenção de usarmos o termo “moral” são simples e diretos: a) a atribuição deste valor moral ao direito, com a defesa de uma teoria do direito diretamente avaliativa, na verdade, confunde os dois âmbitos normativos, não fazendo diferença entre direito e moral. Aqui, também, há uma suspensão inicial da discussão das diferenças entre direito e moral; b) reduz significativamente o conceito de direito e a busca de aspectos importantes para este

---

<sup>187</sup> DICKSON, Julie. *Evaluation and legal theory*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2001, p.9.

<sup>188</sup> *Ibidem*, p.55-56.

conceito de direito. Para Raz e Dickson, é possível destacar os aspectos importantes do direito sem usar proposições diretamente avaliativas, ou melhor, sem fazer avaliações morais (ou sem usar este termo).

Dickson usa o exemplo seguinte: se, por motivos de estudo, um agnóstico ou anarquista tem que descrever como é celebrada a missa católica. Ora, para uma boa descrição é preciso saber como uma missa é bem celebrada, quais os aspectos importantes e significativos para uma boa execução da missa. Há, nesta situação, sim, um trabalho avaliativo, juízos de valor sobre quais aspectos são importantes ou não, mas isto não significa que teremos uma avaliação “moral” da missa católica. Enfim, a descrição de aspectos importantes de um conceito procedimental ou contextual (como a missa ou o direito) não depende de uma avaliação moral destes aspectos.

A partir destas diferentes abordagens podemos diferenciar teorias do direito como as de Joseph Raz e Ronald Dworkin. A teoria do direito de Dworkin – chamada de “interpretativismo construtivo” ou “direito como integridade” – apela para a função total do direito: limitar o uso da força/coerção do governo. Ela objetiva justificar o uso da coerção estatal sob a melhor luz moral e política, ou, em outras palavras, ver o direito sob a melhor luz moral e política. É uma teoria do direito diretamente avaliativa.

Joseph Raz, em *Ethics in the public domain*, pondera o problema: “é errôneo observar a tese e o argumento aqui explicados como morais. O argumento é realmente avaliativo, mas no sentido de que qualquer boa teoria da sociedade é baseada em considerações avaliativas de que seu sucesso é grifar estruturas e processos sociais importantes e todo o juízo de importância é avaliativo”<sup>189</sup>.

Julie Dickson afirma acertadamente que isto desfaz o mito de que o positivismo jurídico e Raz procuram uma versão *value-free* da natureza do direito e reafirma sua tese de que a teoria de Raz é uma teoria do direito indiretamente avaliativa<sup>190</sup>.

---

<sup>189</sup> RAZ, Joseph. *Ethics in the public domain*. Essays in the morality of Law and politics. New York: OUP, 1995, p.235.

<sup>190</sup> DICKSON, Julie. *Evaluation and legal theory*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2001, p.119-120.

## 4 AS RELAÇÕES ENTRE DIREITO E MORAL

O presente capítulo pretende investigar duas questões básicas e entrelaçadas: qual a origem da tão falada separação entre direito e moral no interior do positivismo jurídico e em que sentido ela ainda pode ser defendida, apesar das inúmeras e inescapáveis relações entre direito e moral.

Com o objetivo de abordar e responder às questões propostas, pretendemos reavivar a influência da filosofia jurídica do utilitarismo inglês na filosofia do direito de Hart e determinar o teor dos múltiplos debates envolvendo a separação entre direito e moral. Neste sentido, é preciso “adjetivar” o termo moral (costumeira, popular, positiva, crítica, política?) para identificar qual o debate. Afinal, quando se fala em separação entre direito e moral, no âmbito do positivismo jurídico, estamos falando de qual moral?

### 4.1 DA FILOSOFIA JURÍDICA DOS UTILITARISTAS AO POSITIVISMO JURÍDICO DE HART

O positivismo jurídico de Hart vem na esteira da tradição inglesa dos grandes utilitaristas, entre eles: Jeremy Bentham, John Austin e John Stuart Mill. Um dos objetivos do presente texto é examinar qual é efetivamente a herança deles para a filosofia do direito de Hart, bem como de que maneira Hart foi além, criando uma nova espécie de positivismo jurídico.

O utilitarismo é uma corrente ou escola de filosofia moral que afirma o princípio da maior felicidade para o maior número de pessoas. Jeremy Bentham, John Austin e John Stuart Mill estão entre os mais conhecidos utilitaristas e tinham objetivos reformadores em relação às leis e instituições sociais <sup>191</sup>. Para atingir tais objetivos, havia um claro afastamento de dogmas e ideais religiosos e outras fontes de moralidade que não fossem a observância da felicidade e do sofrimento, da dor e do prazer das pessoas. Bentham foi o defensor e propagador do “princípio da utilidade” na sua obra *Introdução aos princípios da moral e da legislação*. Por “princípio da utilidade”, Bentham quer dizer “o princípio que aprova ou desaprova toda e qualquer ação, segundo a tendência que parece ter para aumentar ou diminuir a felicidade da parte cujo

---

<sup>191</sup> Na história da filosofia, o utilitarismo, na verdade, encontra raízes no hedonismo e eudemonismo gregos e forma uma grande vertente ao longo do tempo, entretanto, a influência mais próxima dos “grandes utilitaristas” ingleses é David Hume e Francis Hutcheson (autor original de “a felicidade para o maior número”) e William Paley, defensor de um utilitarismo teológico. A mais conhecida obra de Paley é *Principles of Moral and Political Philosophy* (1785).

interesse está em questão”<sup>192</sup>. Já por utilidade, por sua vez, “entende-se a propriedade de qualquer objeto, pela qual ele tende a produzir benefício, vantagem, prazer, bem ou felicidade ou a impedir que aconteça o dano, a dor, o mal ou a infelicidade para a parte cujo interesse está sendo considerado”<sup>193</sup>.

Como reformadores, os utilitaristas dirigiam-se aos legisladores e, assim, nas suas obras, podemos encontrar, também, uma crítica feroz ao direito natural que baseava a lei na época e estava muito ligado a preceitos divinos. Para Bentham, o direito natural era uma ficção, era um verdadeiro absurdo (“um absurdo em pernas de pau” ou “frases sem sentido”) porque se pretendia universal e pré-legal ou supra-legal. Nesta ótica, como um direito poderia ser supra-legal ou pré-legal, anterior ou superior ao próprio Estado? A ideia de um direito não criado pelo direito positivo é uma contradição em termos e não há qualquer procedimento racional de resolução ou decisão objetiva para definir se alguém tem um direito natural não-jurídico<sup>194</sup>.

Por seu turno, Hart reencontrará o direito natural, desde os primeiros artigos – como *Are there any natural rights?* – até *O Conceito de Direito*. Naquele texto, Hart assume que existe, no mínimo, um direito natural: “o direito igual de todos os homens serem livres”<sup>195</sup>. Em *O Conceito de Direito*, há um capítulo chamado “Direito e Moral”, no qual há um item sobre o “conteúdo mínimo do direito natural”, e a definição de uma lista destes “direitos”.

Em relação ao direito, Hart destaca dois pontos importantes da teoria de Jeremy Bentham. Primeiro, Bentham apresenta uma teoria imperativa do direito, na qual as leis são comandos tácitos ou explícitos e proibições, padronizadamente suportadas por sanções, expedidas por um legislador ou corpo legislativo soberano. O segundo aspecto importante da teoria de Bentham é o pensamento de que o direito não tem nenhuma conexão necessária com a moralidade, embora possa haver muitas conexões contingentes e complexas entre eles. Para Hart, a teoria imperativa do direito de

<sup>192</sup> BENTHAM, Jeremy. *An introduction to principles of morals and legislation*. New York: Dover Publications, 2007, p. 2. A publicação original é de 1789.

<sup>193</sup> Ibidem, p. 2.

<sup>194</sup> A crítica feroz de Bentham aos “direitos naturais” encontra-se esparsa em sua obra, mas podemos destacar passagens de uma obra póstuma chamada *Anarchical Fallacies*, na qual ele enfrenta o teor de Declarações de Direitos importantes da época, principalmente, a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, da França, em 1789: BENTHAM, Jeremy. *Works of Jeremy Bentham, volume II: Anarchical Fallacies*. Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/titles/1920>. Acesso em 07 de julho de 2015, p.500-501.

<sup>195</sup> HART, H.L.A. Are there any natural rights? In: *The Philosophical Review*, vol.64, nº 2, April 1955, p.175-191. Este artigo, entretanto, não foi escolhido por Hart para integrar a coletânea de artigos da obra “Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia”, levando alguns comentadores a concluir que Hart desconsiderou-o.

Bentham é fraca, mas devemos manter a segunda perspectiva: a separação entre direito e moral <sup>196</sup>.

A obra clássica de John Austin é *The province of jurisprudence determined* (1832). O grande objetivo de Austin era distinguir as características do direito positivo e libertá-lo da confusão perene com os preceitos da religião e moralidade encorajados pelo direito natural. É preciso assinalar, também, que na classificação de Austin das leis enquadram-se as “leis de Deus”, o “direito positivo” e a “moralidade positiva”, mas somente no direito positivo estão as leis propriamente ditas, estritamente falando, chamadas “comandos” que obrigam uma pessoa a um curso de conduta. O direito positivo é o conjunto colocado pelo soberano aos membros da sociedade política independente. A arquitetura de conceitos de Austin é a seguinte:

- “comando”: expressão de desejo de uma pessoa que tem um propósito e algum poder para infligir um mal no caso do desejo ser desconsiderado;
- “hábito de obediência a uma determinada pessoa”;
- “estar sob um dever/obrigação”: ser responsável pelo mal a ser aplicado àquela pessoa submetida no caso de desobediência;
- “sanção”: o mal que ocorrerá no caso do comando ser desobedecido;
- “um superior”: pessoa ou pessoas que podem compelir outros a obedecer;
- “sociedade política independente”: uma sociedade na qual a maioria tem hábito de obediência a um superior comum que não tem hábito de obediência;
- “soberano”: um ser humano superior que não tem hábito de obediência <sup>197</sup>.

Para Austin, as leis “propriamente ditas” são: (a) as leis de Deus – colocadas por Deus para as criaturas humanas; (b) leis positivas – leis propriamente ditas ou estritamente falando colocadas pelos homens como superiores políticos; (c) a moralidade positiva – compreende todas as regras feitas pelos humanos, mas que falta a diferença essencial do direito positivo (ser posto pelo soberano). A moralidade positiva é um termo amplo para se referir a regras feitas pelos humanos para a conduta humana que inclui, além de regras morais, regras de clube, regras de etiqueta, bem como aquilo que chamamos, hoje, de direito internacional e direito constitucional fundamental <sup>198</sup>.

---

<sup>196</sup> HART, H.L.A. *Essays on Bentham*. Studies in jurisprudence and political theory. New York: Oxford University Press, 2001, p.17-19 e o Capítulo VI: “Legal Duty and Obligation” da mesma obra.

<sup>197</sup> AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1998. O texto original é de 1832. Há uma introdução do próprio Hart nesta edição: p.vii-xxi.

<sup>198</sup> *Ibidem*, p.X-XI (na introdução de Hart) e p.1; 123-124.

O direito positivo (*positive law*) é o agregado de regras, estabelecido pelos superiores políticos, ou o direito existindo *por posição* (*by position*). São regras estabelecidas pelos homens para os homens pelas quais o governo soberano exerce seu poder e governo. O direito positivo, então, emana de fontes humanas e é posto pelo soberano (esta é a diferença essencial do direito positivo) <sup>199</sup>.

Em relação a Austin, Hart também propõe uma revisão de sua teoria do direito como comando, mas mantém o entendimento da separação entre direito e moral. Isso está claro no texto *O positivismo e a separação entre direito e moral* e é o mote inicial da obra *O Conceito de Direito*.

Basicamente, o passo adiante de Hart em relação aos adeptos da teoria do comando ou teoria da soberania consiste no enfrentamento e desdobramento de três pontos: 1) existem leis que não são comandos no sentido dado por Bentham e Austin; 2) nas democracias modernas, há limitação substantiva do poder legislativo, portanto não podemos falar que o soberano não se submete à legislação; 3) há uma diferença entre “hábito de obediência” e “aceitação”.

O ponto de partida de *O conceito de direito* é a obra de Austin. Hart afirma que a tentativa mais clara de conceituar o direito em termos de ordens baseadas em comandos e hábitos é a *The Province of jurisprudence determined* de Austin. Assim, os capítulos II, III e IV de *O conceito de direito* terão como grande objetivo o aprofundamento, a crítica e o combate da teoria de Austin, a qual é chamada de “a teoria” e, logo depois, a “teoria da soberania”.

Ainda sem entrar nas sutilezas conceituais, Hart sumariza demasiadamente a teoria do direito de Austin, comparando a ideia de direito como comando com algum tipo de ameaça semelhante a do assaltante que diz a uma pessoa: “a bolsa ou a vida!”. O assaltante emite uma ordem cumulada com uma sanção pesada. A ideia de direito como uma ordem (ou comando) baseado em ameaças teria o mesmo desenho. O soberano que não deve obediência a ninguém produz um comando que deve ser obedecido pelos súditos que têm hábito de obedecer às ordens do soberano.

Hart traça uma lista de contrapontos a esta teoria afirmando que o direito concebido como “ordens baseadas em ameaças” (ou “ordens coercivas”) se assemelha ao direito criminal, mas há uma série de caracteres do direito que conflitam com esta ideia.

---

<sup>199</sup> Ibidem, p. X e p. 124 e seguintes.

Em primeiro lugar, uma ordem do tipo do assaltante é específica, particular, aplicada a uma situação enquanto o direito apresenta um controle jurídico geral: indica um tipo geral de conduta e aplica-se a uma categoria geral de pessoas. Além do aspecto da generalidade, devemos agregar a continuidade ou permanência das leis para diferenciá-las das “ordens baseadas em ameaças”, as quais seriam imediatas. A terceira característica, pelo menos em um primeiro momento, Hart segue Austin admitindo que exista um “hábito geral de obediência”, tema que será objeto de um questionamento mais amplo na sequência.

Em um sistema jurídico, não existem somente leis imperativas, leis que impõem uma conduta sob pena de uma sanção. Existem, por outro lado, leis dispositivas (ou potestativas), leis que fornecem poderes para as pessoas tornando possível, p.ex., contratos, casamentos e testamentos.

Devemos, portanto, caracterizar o “sistema jurídico”. O sistema jurídico não possui somente um conjunto de leis imperativas no estilo “ordens baseadas em ameaças”. Existe um conjunto de leis que atribuem poderes às pessoas para a mudança de *status*, para aquisição e transmissão da propriedade. Aqui, a lógica é outra. Ao invés de um silogismo do tipo: “Se X, então Y” (“matar alguém, pena de 6 a 12 anos”), há um do tipo “se queres obter X, então deves fazer Y” (“para adquirir uma casa, devem estar presentes os seguintes requisitos...”).

Em segundo lugar, está a questão da limitação ou não do soberano ou, em outras palavras, o soberano legislador não possui nenhuma limitação? Neste ponto, Hart apresenta o argumento de que o legislador (o Poder Legislativo), nas democracias modernas não é ilimitado. As Constituições dos Estados Democráticos costumam trazer algumas limitações formais e materiais ao poder de legislar. Se o soberano for o próprio Estado, (adaptando-se a linguagem de Austin), também, não se pode dizer que o Estado esteja acima da sua própria legislação. Há uma sutileza aqui: o soberano legislador, seja quem for, detém soberania, deve ser capaz de impor uma ordem jurídica, mas não é uma pessoa ou algo que esteja acima da própria legislação ou não tenha o hábito de obedecer (na linguagem de Austin). A ideia de *legibus solutus* (o soberano absoluto acima das leis e com o poder de dissolvê-las) era própria do Estado Absolutista<sup>200</sup>. No moderno sistema do *Rule of Law* vigora a impessoalidade do poder e o “governo da lei”, de modo que todos devem estar submetidos à ordem jurídica. Outra interpretação possível seria

---

<sup>200</sup> O soberano absoluto é “LEGIBUS SOLUTUS” ou, de forma extensa: “SUMMA LEGIBUSQUE SOLUTAS POTESTAS”. Ele não é atingido por nenhuma lei superior a si próprio.

atribuir a Austin uma teoria da soberania. O soberano que não deve obediência a ninguém seria o próprio poder soberano do Estado. Neste sentido, é possível perceber a influência em Austin de uma abordagem clássica da noção de soberania.

Por fim, Hart questiona e se contrapõe à ideia de “hábito geral de obediência”. Esta ideia não daria conta da continuidade que caracteriza um sistema jurídico habitual, quando um legislador sucede ao outro. Hart afirma que no lugar de um “hábito de obediência”, há uma prática social mais complexa que chama de “aceitação da regra”<sup>201</sup>. Para Hart, há três diferenças básicas entre hábitos e regras: a) para haver um hábito, bastaria uma convergência de ações em certo sentido, sem crítica ou reações ao desvio de comportamento, enquanto que em um sistema de regras, há crítica ou pressão em relação à infração da regra; b) em um sistema de regras, não só existe a crítica ao desvio do comportamento padrão, mas também há uma boa razão para fazê-la; c) “o aspecto interno da regras”: em um sistema de regras, há um reflexão crítica quanto aos comportamentos adequados ou não.

Esta é uma característica importante grifada pelo próprio Hart e por seus comentadores, a qual revela a introdução do “método hermenêutico” de Hart na teoria jurídica<sup>202</sup>. Aqueles que vivem sob um certo sistema de regras, possuem uma “atitude crítica reflexiva”<sup>203</sup>. No ponto de vista interno, as pessoas “vivem” a regra, não há separação entre a análise do comportamento sob a regra e o que são as regras. As pessoas que vivem sob um determinado sistema jurídico, possuem uma atitude crítica reflexiva: aceitam o sistema de regras, vivem sob o sistema de regras, mas são capazes de refletir a respeito do que seja seguir uma regra (um ato cognitivo) e, também, são capazes de fazer uma crítica sobre as consequências de seguir ou não uma regra (um ato volitivo). Para Hart, a atitude das pessoas, desde o ponto de vista interno do sistema de regras, não é meramente um hábito de obediência a um soberano, mas uma situação mais complexa que pode explicar a continuidade dos sistemas jurídicos. Por que as pessoas vivem sob um determinado sistema de regras mesmo havendo ruptura de governo, ruptura de sistema jurídico? A situação é mais complexa porque, em casos de ruptura, não há mais obediência a um soberano, mas há uma continuidade do padrão de conduta que se assemelha à obediência. Para o olhar externo (e Austin adota o ponto de

---

<sup>201</sup> HART, H.L.A. *O conceito de direito*. 5. ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p.64.

<sup>202</sup> O método hermenêutico de Hart aparece de modo explícito na introdução aos seus *Ensaio sobre Teoria e Filosofia do Direito* (p.15) e é grifado veementemente por Neil MacCormick em seu livro – *H.L.A.Hart* – sobre a obra de Hart: p.46-47 e seguintes.

<sup>203</sup> HART, *op.cit.*, p.65-70.

vista externo), as pessoas estão “obedecendo”, mas no ponto de vista interno daquele que vive sob o sistema de regras, há aceitação, uma atitude crítica reflexiva sobre um padrão de comportamento: há uma regra, há um padrão de comportamento geralmente aceito e há uma avaliação sobre as consequências de seguir ou não as regras.

Usando o mesmo exemplo e adaptando-o a uma situação rotineira em uma cidade média do Brasil: de dia ou de noite, a quase totalidade dos veículos (caminhões, carros, motocicletas) costuma parar quando o semáforo está no sinal vermelho. Um observador, alguém que adote o ponto de vista externo (usando a perspectiva de Austin) poderia afirmar que os motoristas têm um hábito de obediência, há um comando que obriga as pessoas a agirem assim, sob pena de condutas contrárias sofrerem uma sanção desagradável. Entretanto, na parte da noite, principalmente após, digamos, às 21 horas, percebe-se que alguns motoristas de motocicletas (aqueles que são entregadores de comidas e lanches, chamados “motoboys”) não costumam parar adequadamente no sinal vermelho. “Adequadamente” porque ou não param ou param rapidamente para conferir se há perigo de colisão com outro veículo. O que ocorre nesta situação? A maioria dos outros motoristas que costuma parar no sinal vermelho, mesmo à noite, percebem que há algo muito errado, percebem que há um desvio brutal de comportamento e questionam, ainda que intimamente, o porquê desta ocorrência: a atitude crítica reflexiva dos “habitantes” do sistema de regras avalia que há um comportamento desviante grave que não sofre as consequências devidas.

Apesar de todas as críticas de Hart a Austin (algumas beirando ao oponente espantado), há uma série de estudos, atualmente, que recuperam a importância de Austin para o positivismo. A título de exemplo: atribui-se a Austin o trabalho pioneiro de sistematização da filosofia jurídica inglesa e uma das primeiras caracterizações adequadas do positivismo jurídico que transcendeu o território inglês<sup>204</sup>. Neste sentido, é o comentário de um reconhecido filósofo do direito – Alf Ross – sobre a obra de Austin: “Corresponde à Austin o grande mérito de haver estudado o direito aplicando de maneira consequente um enfoque positivista e de haver colocado com ele, antes que

---

<sup>204</sup> A importância de Austin já tinha sido percebida por outro grande nome da filosofia jurídica: Alf Ross, em sua *Teoria das Fontes do Direito*. Mais recentemente, p.ex., Stanley Paulson, no artigo *A ideia central do positivismo jurídico* e Wayne Morrison, no seu livro panorâmico *Filosofia do Direito*, recuperam e tentam desfazer o espantado de Austin feito por Hart.

nenhum outro, os fundamentos de uma teoria positiva das fontes do direito [*positive Rechtsquellenlehre*]”<sup>205</sup>.

A partir desta afirmação, podemos realmente apontar que o positivismo jurídico posterior a Austin passou a dar pouca atenção ao problema das fontes do direito, o que se revela como uma contradição: o positivismo jurídico é caracterizado como uma teoria do direito que reconhece o direito a partir de fontes sociais humanas autorizadas. Ora, por que não definir, explicar e desenvolver adequadamente as fontes do direito? Neste sentido, é extremamente valiosa a lição de Austin e, por isso, a extensão da citação:

Ora, uma regra meramente costumeira, meramente *moral*, pode obter a qualidade de regra *legal* (ou direito) de dois modos: pode ser adotada pelo soberano ou legislador subordinado e tornada lei de modo direto; ou pode ser tomada como fundamento de uma decisão judicial, que depois se torna precedente e, neste caso, é convertida em direito depois de uma forma judicial. Na primeira destas, a regra legal que é derivada do costume é o Estatuto Legal (o direito): e embora moldada por seu autor imediato, ou um costume preexistente, não há dúvida que deriva sua força como direito da autoridade legislativa. Na segunda, a regra legal que é derivada do costume é a regra do direito *judiciário*. Mas, como regra de direito judiciário não é menos direito positivo do que um estatuto, é frequentemente considerada como emanada dos costumes ou *jus moribus constitum*. Ora, o legislador judicial naturalmente se abstém de usar a legislação e, portanto, enquanto molda um novo direito positivo sobre uma velha regra moral, ele aparentemente aplica um direito velho. A causa da regra moral (nomeadamente, costume), não raro, por uma confusão de pensamento, é entendida como a fonte do direito positivo estabelecido de acordo com ela.<sup>206</sup>

As fontes do direito positivo, para Austin, são, portanto, a legislação (“direito legal”) e os precedentes (“direito judiciário”). A doutrina não é fonte, salvo quando inserida no direito judiciário. O direito natural e Deus também não são fontes no sentido estrito, são, nesta perspectiva, fontes remotas como o costume. “O princípio da utilidade geral, a vontade de Deus, o direito natural, um senso ou razão moral, todos podem influenciar ou ser base para o direito”, afirma Austin, em outra passagem adiante, “mas somente será direito propriamente dito se for feito por legisladores soberanos” e conclui: “O soberano é o autor de todo o direito propriamente dito”<sup>207</sup>.

É interessante observar que os autores clássicos do positivismo jurídico posterior não fizeram grandes evoluções neste ponto, ou seja, ou meramente repetem esta lista de fontes ou grifam e aprofundam alguma característica tangenciada pelo próprio texto de Austin como, p.ex., a questão da autoridade do direito em Joseph Raz. Estes, autores,

<sup>205</sup> Ross, Alf. *Teoria de las fuentes del derecho*. (Una contribución a La teoría del derecho sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas). Tradução de Jose Luis Simon, Aurélio Garcia e Pablo Pietsch. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2007, p.144.

<sup>206</sup> AUSTIN, John. *Lectures on jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*. (The Student’s Edition) London: John Murray, Albemarle Street, 1880, p.269.

<sup>207</sup> *Ibidem*, p. 276.

para que fique claro, trataram de criar outro mecanismo complexo que se relaciona com o tema das fontes do direito: a regra de reconhecimento ou norma fundamental.

A filosofia jurídica de Jeremy Bentham também está sendo retomada, atualmente, dentro do positivismo jurídico exclusivo normativo, chamado de “neobenthamista” por alguns <sup>208</sup>. Em uma obra recente, por exemplo – *The Force of Law* – Frederic Schauer parte da teoria imperativa do direito de Bentham para, mais uma vez, grifar a importância do caráter imperativo e sancionatório do direito. Indo contra a corrente, contra o entendimento padrão do último século (ele refere-se, principalmente, à Hart), Schauer pretende apontar que a coercitividade (a força bruta, a imposição) é a característica principal e o diferencial do direito: “o direito é um comando, uma ordem. O que diferencia o sistema legal de outros sistemas normativos é a habilidade do sistema legal de apoiar seus comandos em ameaças de sanções desagradáveis” <sup>209</sup>.

A filosofia jurídica dos grandes utilitaristas, após um período de crítica parcial dos positivistas jurídicos posteriores (Hart e os positivistas *soft*), começa a ser retomada e, junto com ela, a verdadeira colocação do problema da separação entre direito e moral.

#### 4.2 A MORAL POSITIVA E A MORAL CRÍTICA <sup>210</sup>

A distinção entre moral positiva e moral crítica deriva, também, dos utilitaristas ingleses, principalmente John Austin e é reafirmada por Hart em várias ocasiões, seja nos artigos que compõem seu *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, seja na obra *Law, Liberty and Morality*. Não é uma distinção expressa no texto de Austin e Bentham, mas foi fácil e perfeitamente deduzida. O que consta expressamente no texto de Austin é o conceito de “moralidade positiva”. A moralidade positiva é a moralidade costumeira vigente em determinada sociedade. É o conjunto de crenças, costumes, regras que, de modo geral, orientam a conduta das pessoas em vários sentidos. O termo “positivo” usado por Austin em direito positivo e moralidade positiva serve para diferenciá-los das leis de Deus e afirmar, portanto, que são regras advindas da vontade humana, ou seja, de

<sup>208</sup> Ver, principalmente, as obras de Jeremy Waldron e Tom Campbell.

<sup>209</sup> SCHAUER, Frederick. *The force of law*. Cambridge and London: Harvard University Press, 2015, p.13.

<sup>210</sup> A origem da distinção é de John Austin na obra citada anteriormente (*The province of jurisprudence determined*): ver páginas 184 e seguintes. A distinção é retomada e expandida por Hart em *Law, Liberty and Morality* e divulgada por vários teóricos atualmente como, p.ex., nas referências: Neil Mac Cormick (2010) e Carlos Santiago Nino.

uma fonte humana. O “positivo” presente tanto no direito como na moralidade positiva qualifica-os como derivados de uma fonte humana, o poder soberano superior no caso do direito e as pessoas privadas não soberanas no caso da moralidade positiva.

A moralidade positiva pode influenciar ou ser incorporada pelo direito? A resposta de Austin é positiva e ele apresenta vários exemplos de coincidência ou não entre o conteúdo da sua classificação das leis (leis de Deus, direito positivo e moralidade positiva). O exemplo mais simples de coincidência de conteúdo é o que se refere ao homicídio. A proibição de matar alguém é comum aos três tipos de “leis”.

A moralidade crítica, por sua vez, funciona como um tipo de “metarregra” da moralidade, ou seja, refere-se a um conjunto de princípios, valores que, de forma coerente e racional, pode servir para questionar e aprimorar a moralidade positiva e o direito positivo. A herança de Hart como moralista crítico envolve 2 aspectos: 1) o resgate do uso da distinção, de modo expresse, para questionar a moralidade positiva e os defensores da moralidade positiva como um conteúdo obrigatório do direito: argumento mais usado no debate com Patrick Devlin; 2) a manutenção da tese da filosofia jurídica utilitarista de que não há uma conexão conceitual necessária entre direito e moral: argumento básico principal de seu “positivismo *soft*”, mais tarde chamado de “inclusivo”. A separação entre direito e moral torna-se uma tese moral no sentido de que é melhor separá-los (não confundi-los), porque coloca tanto o direito positivo como a moral positiva sob o crivo da moral crítica. A distinção analítica e conceitual entre direito e moral ocorre para que tanto o direito como a moral estejam sujeitos a uma moral esclarecida, baseada em princípios coerentes e justificáveis (moral crítica).

Quando os positivistas jurídicos falavam em “separação entre direito e moral” referiam-se: a) para fins de identificação, separar o direito da moralidade política, ou melhor, princípios de moralidade política como justiça, igualdade, liberdade, equidade. Princípios que estavam e estão atrelados ao direito natural; b) não estavam falando de moralidade costumeira ou popular: o conjunto de padrões básicos que definem os costumes e as ações comuns daquela comunidade. Em outras palavras, poderíamos usar a expressão “moralidade positiva” ou “moralidade social”. “Moralidade positiva” é uma expressão usada pelos primeiros positivistas ingleses em contraposição à moralidade crítica. “Moralidade social” é usada por Carlos Santiago Nino na obra *Ética e direitos humanos*. É interessante observar que os próprios primeiros positivistas ingleses,

admitiam a avaliação/revisão da moralidade positiva e do direito pela moralidade crítica. Hart retoma esta diferença em sua obra *Law, Liberty and Morality*.

Deste tipo de diferenciação e sustentação, retiramos duas conclusões: 1) o direito posto deve ser aplicado como direito que regula uma conduta e reivindica autoridade. O direito deve ser capaz de se impor, ter poder de império para regular condutas e resolver conflitos. A princípio e em geral (em termos de ordenamento jurídico), o direito deve se afastar da moralidade política, ou seja, devemos definir critérios objetivos de fontes (a tese da objetividade das fontes). 2) o sistema jurídico pode ser desobedecido em casos de extrema injustiça, graves desequilíbrios ou ofensas às bases do *Rule of Law*. Hart admite o uso da desobediência civil em face de regimes autoritários, na esteira de Austin e Bentham: o direito e a lei não deixam de sê-los por serem injustos, mas, por outro lado, nesse caso, o cidadão não é obrigado a obedecê-los. Assim, a moralidade crítica pode ser invocada para: a) rever, reformular, reformar o direito posto (*de lege ferenda*); b) questionar as extremas injustiças e as graves ofensas ao *Rule of Law*. A moralidade crítica funciona como uma espécie de metalinguagem avaliativa do direito e da moral. Neste sentido, a defesa da separação conceitual entre direito e moral: a confusão conceitual impede ou dificulta a identificação de critérios objetivos de fontes, impede ou dificulta a aplicação do direito e a avaliação moral do direito. Hart afirmaria “o direito não é a moral, é possível questioná-lo e reformá-lo”.

Também é possível pensar que, em estados totalitários, há o respaldo da moralidade popular/costumeira/social. Na história da filosofia, há referência a uma “moral tirânica”. A preferência pela separação, aqui, indica o seguinte: entre a arbitrariedade do direito e da moral, entre os excessos e abusos do direito e da moral, a separação é preferível porque há critérios públicos e objetivos de definição e aplicação do direito e dentro dos quais, inclusive, possibilidade de reforma. A ausência de regras secundárias (regras de estrutura, regras de função, regras para criação e julgamento, regras institucionais) na moral torna-a mais estática, contínua e difícil de reforma imediata ou de contraposição direta.

Carlos Santiago Nino retoma a exploração da diferença entre moralidade positiva (ou social) e moralidade crítica (ou ideal), afirmando que o abandono ou esquecimento da distinção é uma causa da “vacuidade dos conceitos morais”<sup>211</sup>. Por “vacuidade dos conceitos morais”, Nino entende a utilização exagerada e imotivada do

---

<sup>211</sup> NINO, Carlos Santiago. *Ética e Direitos Humanos*. Tradução de Nélio Schneider. São Leopoldo: Ed.UNISINOS, 2011, p.88-89.

conceito “moral” tornando-o meramente um rótulo que serve aos mais variados e questionáveis propósitos. Para evitar esta situação, ele propõe a retomada e aprofundamento da distinção entre moralidade social ou positiva e moralidade ideal ou crítica.

Esta distinção, como apontado anteriormente, foi defendida pelos primeiros utilitaristas e positivistas jurídicos. A distinção consiste, basicamente, em admitir que o conjunto de princípios, costumes e padrões aceitos e praticados pelas pessoas (moralidade social/positiva) pode ser avaliado, revisto e ultrapassado por outro conjunto de princípios e juízos morais (moralidade ideal/crítica). Na verdade, ambos os polos da distinção são complementares, visto que eles referenciam-se um ao outro. A moralidade crítica tem que se referir a um conjunto de costumes, padrões e princípios aceitos e praticados, ou seja, de alguma forma, presentes e praticados nas relações sociais (a moralidade positiva), enquanto a própria moralidade positiva (muitas vezes aceita e presente de modo “normal”, “tradicional”, “acrítico”) pode ser questionada e revista com vistas a alguma mudança social requerida, pensada por um conjunto de estudiosos e praticantes de um determinado assunto e proposta por alguma autoridade que possa colocá-la em deliberação e prática.

Na origem, há uma tese moral crítica: direito e moral devem ser separados em função das características e objetivos do direito. Conforme a moralidade crítica, não é qualquer moral que pode servir de fonte ou avaliação do direito. Os positivistas clássicos ingleses (Bentham, Austin e Hart) eram, também, filósofos morais. Como filósofos morais, entendiam que o direito deve sofrer a avaliação e a crítica moral, a partir do que denominavam “moralidade crítica”. Para isto, não poderia haver confusão entre direito e moral. Não podemos confundir validade jurídica e validade moral. O direito válido é uma coisa; a avaliação moral do direito é outra (“o direito é uma coisa, seu mérito ou demérito é outra”, disse Austin). Uma lei não pode deixar de ser uma lei se for moralmente iníqua. O positivismo jurídico busca identificar os critérios (objetivos) de validade do direito. A grande confusão atual da filosofia do direito é esta: os autores principais (Hart, Dworkin, Raz e outros) escrevem e argumentam como filósofos morais e o direito é um dos seus temas. Neste âmbito, o direito sofre constante avaliação crítica e, portanto, está em diálogo com a moral. Entretanto, neste nível, o diálogo ocorre entre o direito e a moralidade crítica. A moralidade crítica é argumentativa/deliberativa, racional, política, pública e laica. No mesmo sentido, na perspectiva de Kelsen (para pegarmos outra fonte clássica do positivismo jurídico),

temos uma “teoria **pura** do direito”, ou seja, o direito válido deve ser afastado da moralidade. A moralidade não deve ser um critério de validade do direito. Conforme Bobbio, a jurisprudência kelseniana “prescreve descrever”<sup>212</sup>. Ou seja, tem um conteúdo normativo: conceitualmente, o direito deve ser afastado da moral. Todos os positivistas posteriores (Hart, Kelsen, Raz) repetem Austin: a moralidade costumeira (na verdade, qualquer moralidade) pode ser admitida, no direito, como fundamento de uma decisão judicial e torna-se, assim, “direito judiciário”. Nenhum positivista jurídico defende a proibição de que os juízes não devem avaliar moralmente um determinado caso. Austin é claro, neste ponto: esta moralidade não é diretamente fonte do direito, a fonte do direito é a decisão judicial, o precedente, o que se torna “direito judiciário”.

#### 4.3 O POSITIVISMO JURÍDICO E A SEPARAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL

De modo geral, vamos resgatar os debates que sugerem a separação conceitual entre direito e moral. Este debate surgiu no seio do positivismo jurídico tradicional e sua evolução, o chamado “positivismo inclusivo” ou *soft positivism* como batizado por Herbert L.A. Hart. Sabemos que a separação entre direito e moral é uma preocupação moderna desenvolvida por uma das principais escolas do pensamento jurídico: o positivismo jurídico. O debate atinente à separação entre direito e moral evoluiu após os escritos de Hart na década de 50-60 do século XX e seus críticos e debatedores, principalmente: Ronald Dworkin, Lon Fuller e Patrick Devlin. Podemos apontar alguns esclarecimentos e objetivos deste estudo: há mais de um debate envolvendo a separação entre direito e moral. O primeiro diz respeito ao positivismo conceitual: o conceito de direito não depende necessariamente de caracteres ou valores morais (herança típica do positivismo jurídico). Quanto a este aspecto, tornou-se célebre o debate Hart-Dworkin. O segundo refere-se à influência da moral na definição de crimes e penas, temas do direito criminal, debate no qual Hart lança mão da diferença entre moral positiva e moral crítica. Quanto a este aspecto, tornou-se célebre o debate Hart-Devlin.

O texto de Hart que sumariza o tema – *O positivismo e a separação entre direito e moral* – surgiu em 1958, três anos antes de sua *opus magnum*: *O conceito de direito* (1961). Neste artigo, Hart identifica o positivismo até aquele momento e responde a algumas críticas. As fontes destas ideias são retiradas principalmente de John Austin e

---

<sup>212</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e poder*. Tradução Nilson Moulin. São Paulo: Ed.UNESP, 2008, p. 65.

Jeremy Bentham, chamados por Hart de “grandes utilitaristas”<sup>213</sup>. Hoje, sabemos que Hart critica tanto a filosofia do direito de Austin como a de Bentham, mas, desta filosofia, mantém a separação entre direito e moral ou a característica de que não há uma conexão necessária entre direito e moral.

Para Hart, a receita de Bentham para viver sob o governo das leis era simples: “obedecer pontualmente, censurar livremente”. A confusão entre direito e moral pode levar a duas direções bem diferentes que Hart identifica como o anarquismo e o conservadorismo. O anarquista diz: “esta não deveria ser a lei, portanto não o é e estou livre não apenas para censurá-la, mas para ignorá-la”. Por outro lado, o reacionário argumenta assim: “este é o direito, portanto ele é o que deveria ser”. Mais adiante, são identificados dois perigos ou riscos nestas abordagens: “o perigo de que o Direito e sua autoridade dissolvam-se nas concepções humanas daquilo que o Direito deveria ser e o perigo de que o Direito existente possa suplantar a moral como critério último de conduta e que, assim, possa escapar de críticas”<sup>214</sup>.

Neil MacCormick, autor de obra famosa sobre Hart, confirma este entendimento:

Ao adotar a posição positivista nesse ponto, Hart segue deliberadamente a linha dos dois maiores juristas ingleses do passado, Jeremy Bentham e John Austin. Assim como eles, Hart afirma que a moralização do conceito de Direito por parte dos jusnaturalistas tende a uma forma extrema de conservadorismo (tudo o que é lei deve ser moral, portanto todas as leis são moralmente obrigatórias) ou à anarquia revolucionária (já que tudo o que é lei deve ser moral, deve-se desobedecer aos governos ou mesmo derrubá-los se o que propuserem como lei não for moralmente justificado). Contra isso, a atitude apropriada ao Direito é a que reconheça que a existência do Direito depende de fatos sociais complexos e que, portanto, sustenta que todas as leis estão sempre abertas à crítica moral.<sup>215</sup>

Hart, neste artigo e em outros textos (o próprio *O Conceito de Direito* e seu *Pós-escrito*), esclarece que a separação entre direito e moral não significa uma negação de que o Direito não tenha relações ou que incorpore aspectos morais<sup>216</sup>. Não, não é esta a proposta que Hart identifica, esclarece e expande em várias de suas obras. Os sistemas jurídicos, ele afirma, são influenciados pela opinião moral e o conteúdo de muitas leis podem refletir normas ou princípios morais. Nem Bentham, nem Hart negam que

<sup>213</sup> HART, H.L.A. O positivismo e a separação entre o Direito e a Moral. In: HART, H.L.A. *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*. Tradução José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.54.

<sup>214</sup> Ibidem, p.58.

<sup>215</sup> MACCORMICK, Neil. *H.L.A.Hart*. Tradução de Claudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.40-41.

<sup>216</sup> Podemos lembrar a questão do “conteúdo mínimo do direito natural” contido no *Conceito de Direito* e a resposta a Dworkin apresenta no *Pós-escrito*, publicada mais de trinta anos depois da 1ª edição do *Conceito*.

preceitos legais podem veicular princípios morais e que os tribunais podem se valer destes princípios para julgar observando a justiça na decisão. Hart, inclusive, usa o exemplo das “Declarações de Direitos” contidas nas Emendas da Constituição dos EUA, como a cláusula do *due process of law* e do igual tratamento perante a lei. Estes autores estavam defendendo uma ideia simples (mas não simplista ou superficial, adiante-se): o mero fato de uma norma violar padrões da moral ou justiça não implica que ela deixe de ser uma regra jurídica e, inversamente, o mero fato de uma norma ser moralmente desejável não implica que seja uma regra jurídica <sup>217</sup>.

Neil MacCormick afirma:

A partir de 1963, esse apelo final de Hart era, como fica claro, em defesa da autonomia e da supremacia da moral crítica. Era um apelo a todas as pessoas interessadas para que rejeitassem qualquer teoria que sugerisse ou implicasse que o que quer que receba o nome de "Direito" seja *conclusivo* quanto à questão moral sobre o que devo fazer. O Direito, sem dúvida, sempre está relacionado à moral. Mas nunca é moralmente conclusivo, e nunca deve ser considerado como tal. O que tem sido feito em nome e "na forma" do Direito muitas vezes é de uma aterradora iniquidade moral. O modo mais seguro de abrir os olhos dos seres humanos à possibilidade de tal iniquidade, e de mantê-los abertos e alertas para a sua ocorrência ou recorrência, é ensinar que as "leis" recebem esse nome por causa das propriedades estruturais e funcionais do sistema a que pertencem. Não recebem esse nome por serem ou por poderem ser consideradas exigências de uma moral esclarecida. <sup>218</sup>

Neste sentido, Herbert L.A. Hart é lapidar ao tratar de “direito e moral” tanto no ensaio *O positivismo e a separação entre o Direito e a Moral*, como em sua obra clássica *O Conceito de Direito*. Afirma Hart,

Segundo a minha teoria, a existência e o conteúdo do direito podem ser identificados por referência às fontes sociais do direito (por exemplo, legislação, decisões judiciais, costumes sociais) sem referência à moral, excepto quando o direito assim identificado tenha, ele próprio, incorporado critérios morais para a identificação do direito. <sup>219</sup>

No ensaio, ao refutar as teses que contestaram o positivismo, Hart corrobora o entendimento de que deve ser mantido o conceito descritivo de direito, fundado na filosofia da regra, ou seja, não podemos dizer que a lei “injusta” ou “má” deixa de ser lei somente por este motivo. Em último caso, se a legislação torna-se demasiadamente “perversa”, cabe ao cidadão o exercício da “desobediência”, mas não dizer que o direito não é direito porque ele não é moral. Enfim, desvincular o direito da moral apresenta a dupla vantagem de: a) apresentar um conceito autônomo e descritivo de direito; b)

<sup>217</sup> HART, H.L.A. O positivismo e a separação entre o Direito e a Moral. In: HART, H.L.A. *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*. Tradução José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.59-60.

<sup>218</sup> MACCORMICK, Neil. *H.L.A.Hart*. Tradução de Claudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.212.

<sup>219</sup> HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. 5.ed. Trad. de A.Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p.332.

deixar a moral “a salvo” de limitações jurídicas: “certamente, a resposta genuinamente liberal a qualquer uso sinistro do slogan ‘lei é lei’ é ‘muito bem, mas isto não encerra a questão. A lei não é a moral; não permitamos que ela suplante a moral’”<sup>220</sup>.

É possível perceber que Hart, em *O Conceito de Direito*, reelabora e refina os argumentos usados no texto *O positivismo jurídico e a separação entre direito e moral*. Neste sentido, Hart identifica quatro características fundamentais que se encontram conjugadas nesses princípios, regras e padrões de conduta que são mais comumente considerados “morais”: “importância”, “imunidade à mudança deliberada”, “caráter voluntário dos delitos morais”, e “formas de pressão moral”<sup>221</sup>.

#### 4.4 A MORAL E OS FUNDAMENTOS DO DIREITO CRIMINAL

Em *Law, Liberty and Morality* (1963), Hart afirma que há quatro questões que giram em torno do relacionamento do Direito e a Moral: a) a primeira é uma questão histórica e causal: o desenvolvimento do Direito teria sido influenciado pela Moral?; b) uma questão analítica ou definicional: deve alguma referência à Moral integrar uma definição do Direito ou do Sistema Legal?; c) a possibilidade e as formas da crítica moral do direito: o Direito está aberto à crítica moral?; d) a quarta questão: uma moralidade convencional (no caso, de natureza sexual) pode ser imposta mediante o direito? O fato de determinada conduta ser considerada imoral, de acordo com os padrões comuns, é suficiente para justificar sua punição pela lei? É moralmente permitido impor uma moral? A imoralidade “como tal” (“em si mesma”) deve ser considerada um crime? A quarta questão é o foco das palestras que compõem sua obra *Direito, Liberdade, Moralidade*<sup>222</sup>.

É importante observar, de início que, em *Law, Liberty and Morality*, Hart relembra a distinção entre “moralidade positiva” e “moralidade crítica”:

Eu gostaria de recuperar a terminologia preferida pelos utilitaristas do século passado, que distinguiam “moralidade positiva”, a moralidade realmente

<sup>220</sup> HART, H.L.A. O positivismo e a separação entre o Direito e a Moral. In: HART, H.L.A. *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*. Tradução José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.81.

<sup>221</sup> HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. 5.ed. Trad. de A.Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p.183; 188-195.

<sup>222</sup> Para não passar em branco, as respostas de Hart a estas questões são as seguintes: a) obviamente, sim, mas o inverso também é verdadeiro; b) a resposta é complexa e variada e se lidarmos com conceitos vagos de positivismo jurídico e direito natural, o debate é infrutífero e confuso; c) sim, mas complexa e variada; d) é o foco das palestras e do presente tópico e nela também se revela o valor do positivismo jurídico: não é qualquer moral que deve influenciar ou ser utilizada pelo direito, mas uma moral deliberada, racional, laica, argumentativa e pública.

aceita e compartilhada por um dado grupo social, dos princípios morais gerais usados na crítica das instituições sociais reais que incluem a moralidade positiva. Podemos chamar tais princípios gerais de “moralidade crítica” e dizer que nossa questão é de moralidade crítica sobre a imposição legal da moralidade positiva.<sup>223</sup>

Em setembro de 1957, na Inglaterra, um Comitê de acadêmicos proeminentes e líderes políticos, comandados por John Wolfenden, publicou o “Relatório do Comitê Departamental sobre Crimes Homossexuais e Prostituição” (*The Report of the Departmental Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, mais conhecido como *Wolfenden Report*, devido ao Lord Wolfenden, o presidente do Comitê).

Este Comitê foi criado para debater, principalmente, os crimes envolvendo a questão sexual e se a sociedade deveria criminalizar ou não condutas privadas envolvendo, p.ex., relações de pessoas do mesmo sexo. O Comitê concluiu, basicamente, que: a) o comportamento homossexual consentido entre adultos no âmbito privado não deveria mais ser criminalizado; b) a função do direito é preservar a ordem pública e a decência para proteger os cidadãos do que é ofensivo ou injurioso e fornecer salvaguardas suficientes contra a exploração e corrupção de outras pessoas. Não é função do direito, na sua visão, intervir na vida privada dos cidadãos ou procurar impor qualquer padrão particular de comportamento. O domínio da moralidade privada não é tema para o direito.

O *Wolfenden Report* impulsionou um debate público entre um conhecido juiz britânico – Patrick Devlin (Lord Devlin) – e um destacado professor de Oxford – Herbert L.A. Hart. Lord Devlin, de modo geral, atacou o Relatório Wolfenden e Herbert L.A. Hart, em grande parte, defendeu as teses do Relatório. O debate é retirado principalmente de duas obras: *The Enforcement of Morals*, de Patrick Devlin (1959) e *Law, Liberty and Morality* (1963), de Herbert L.A. Hart<sup>224</sup>.

Lord Devlin, em linhas gerais, sustenta que: a) o direito deve refletir a moral pública; b) o direito deve proteger a sociedade como um todo; c) a ordem social requer que o direito reflita privadamente crenças morais e o público precisa acreditar nisso; d) o direito deve apoiar a moral para preservar as comunidades integradas. As sociedades se desintegram quando não há um código moral ou quando se perdem os limites morais; e) uma sociedade funcional envolve evolução moral. Lord Devlin afirma que o

<sup>223</sup> HART, H.L.A. *Law, Liberty and Morality*. Oxford University Press, Londres, 1982, p. 20

<sup>224</sup> *The Enforcement of Morals* (algo como *A imposição da moral*) não possui tradução em português. Já *Law, Liberty and Morality* foi traduzido como *Direito, Liberdade e Moralidade* pela Editora Sergio Antonio Fabris de Porto Alegre.

Relatório Wolfenden e quem se sustenta no *harm principle* de John Stuart Mill estariam errados, em princípio <sup>225</sup>.

O conhecido princípio do dano de John Stuart Mill é afirmado em seu clássico *On liberty*:

A finalidade deste Ensaio é sustentar um princípio bastante simples, capaz de governar absolutamente as relações da sociedade com o indivíduo no que diz respeito à compulsão e ao controle, quer os meios empregados sejam os da força física sob a forma de penalidades legais, quer a coerção moral da opinião pública. Esse princípio é o de que a autoproteção constitui a única finalidade pela qual se garante à humanidade, individual ou coletivamente, interferir na liberdade de ação de qualquer um. **O único propósito de se exercer legitimamente o poder sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é evitar dano aos demais.** Seu próprio bem, físico ou moral, não é garantia suficiente. Não pode ser legitimamente compelido a fazer ou a deixar de fazer por ser melhor para ele, porque o fará feliz, porque, na opinião dos outros, fazê-lo seria sábio ou mesmo acertado. Essas são boas razões para o advertir, contestar, persuadir, instar, mas não para o compelir ou castigar quando procede de outra forma. Para justificar esse exercício do poder, é preciso mostrar-lhe que a conduta que se pretende impedi-lo de ter produzirá mal a outrem. A única parte da conduta de cada um, pela qual é responsável perante a sociedade, é a que diz respeito a outros. Na parte que diz respeito apenas a si mesmo, sua independência é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre seu corpo e mente, o indivíduo é soberano<sup>226</sup>.

Hart parte da defesa do princípio do dano de Mill e vai um pouco além, admitindo o “paternalismo” (em algumas situações, mesmo não havendo danos a outros, as pessoas deveriam ser protegidas). Hart alerta para os perigos do “populismo” desta tese da “moral da sociedade” ou da “coesão moral da sociedade”. Primeiramente, questiona o que é sociedade? Quem faz parte da sociedade? A maioria de pessoas de uma sociedade não tem por vezes um pensamento eivado de preconceitos? Como podemos sustentar, de modo geral e claro, que devemos manter a moral da sociedade para que a sociedade não se desintegre? E, ainda, que a moral deve ser imposta pelo direito para impulsionar um tipo de comportamento? (o que ficou conhecido nos países anglófonos como “moralismo legal”). O tema evoluiu para o que atualmente se chama “os limites do direito”: o que deve ser levado em consideração pelo legislador para estabelecer crimes e penas. Qual o interesse protegido? Qual o limite do direito?<sup>227</sup>

<sup>225</sup> Trata-se do “princípio do dano” (*harm principle*) de J.S. Mill inserido em sua obra *On Liberty*: “That the only purpose for which power can rightfully be exercised over any member of a civilised community against his will is **to prevent harm to others**”. No Brasil: MILL, John Stuart. *A liberdade/Utilitarismo*. Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Este princípio é citado por Hart na página 4 de *Law, Liberty and Morality*.

<sup>226</sup> MILL, John Stuart. *A liberdade/Utilitarismo*. Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 17-18. Grifei.

<sup>227</sup> Ver, p.ex., o verbete *The Limits of Law* na Stanford Encyclopedia of Philosophy: <http://plato.stanford.edu/entries/law-limits/>

Em *Solidariedade social e imposição da moral*, há a apresentação das teses envolvendo direito e moral com a finalidade de debater a obra de Lord Devlin: tese clássica, tese conservadora e tese da desintegração. A tese clássica refere-se às obras éticas de Platão e Aristóteles, nas quais predomina a “virtude moral” e não é discutida por Hart. A tese conservadora e tese da desintegração são atribuídas ao livro de Lord Devlin e são criticadas tanto por Hart como Dworkin. Para Hart, a tese da desintegração inverte a ordem de instrumentalidade da tese clássica (sociedade de um lado e moral do outro), pois, na tese da desintegração, a sociedade não é o instrumento da vida moral, mas, ao contrário, “a moral é valorizada como o cimento da sociedade. (...) O argumento a favor da imposição da moral, nesta visão, é que sua manutenção é necessária para evitar a desintegração da sociedade”<sup>228</sup>. A tese da desintegração, por vezes, transforma-se na tese conservadora: “trata-se da tese de que a sociedade tem o direito de impor sua moral pelo direito porque a maioria tem o direito de seguir suas convicções morais, de acordo com as quais seu ambiente moral tem valor e deve ser protegido contra alterações”<sup>229</sup>. Para Hart, não há nenhuma prova ou análise empírica que comprove os argumentos de Lord Devlin, ou seja, para ser mais explícito, não há na história uma situação de que o afrouxamento das amarras morais (qual moral?) leve diretamente à desintegração daquela sociedade. É preciso, primeiramente, definir qual o “conteúdo mínimo da moralidade” (para usar uma expressão típica de Hart) que serviria como base ordenadora da sociedade. Hart crê que há uma moral comum essencial à sociedade reconhecida por vários filósofos (Hobbes, Hume). Trata-se daquela parte da moral social que contém restrições e proibições que são essenciais para a existência de qualquer sociedade de seres humanos: elas incluem regras restringindo a violência e formas mínimas de regras de honestidade, cumprimento de promessas, práticas comerciais justas e propriedade, mas estas formas mínimas não precisam ser “impostas” pelo direito e nem se relacionam com a moral sexual<sup>230</sup>.

Ronald Dworkin recupera o tema em várias obras: “Liberdade e moralismo”, capítulo 10 de *Levando os direitos a sério* e “Temos direito a pornografia?”, capítulo 17 de *Uma questão de princípio* e “Pornografia e ódio”, item 9 da parte II da obra *O direito da liberdade – a leitura moral da Constituição norte-americana*. Dworkin concorda

<sup>228</sup> HART, H.L.A. *Solidariedade social e imposição da Moral*. In: HART, H.L.A. *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*. Tradução José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.280-281.

<sup>229</sup> *Ibidem*, p.281.

<sup>230</sup> *Ibid.*, p.290-291. É um argumento comum em várias obras de Hart como *O Conceito de Direito e Direito, Liberdade e Moralidade*.

com Hart em vários pontos, seja na análise dos argumentos de Lord Devlin, seja na crítica de Hart, ocorrendo algumas discordâncias de menor efeito para o grande debate<sup>231</sup>. Para Dworkin, os argumentos de Lord Devlin têm dois grandes pilares: “o direito da sociedade de proteger a si mesma” (1º argumento) – no qual podemos evidenciar os princípios e padrões morais de uma sociedade e o seu direito de utilizar as instituições e o direito penal para fazer cumprir este direito – e “o direito da sociedade de seguir suas próprias luzes” (2º argumento) no qual surge a distinção entre a posição moral no sentido antropológico e a posição moral no sentido discriminatório<sup>232</sup>. Na moral convencional, a “posição moral no sentido antropológico” refere-se a quaisquer atitudes que o grupo manifesta sobre a propriedade da conduta, das qualidades ou objetivos humanos<sup>233</sup>. A posição moral no sentido discriminatório, por sua vez, serve para contrastar as posições e convicções (morais) que elas descrevem com preconceitos, racionalizações, questões de aversão ou gosto pessoal, posturas e opiniões arbitrárias<sup>234</sup>. Para Dworkin, concordando com Hart, Lord Devlin utiliza uma concepção confusa de sociedade. Tanto adotando uma noção convencional como uma noção artificial, é absurdo sugerir que toda a prática que a sociedade considera profundamente imoral e repulsiva ameaça sua sobrevivência e é intolerável que cada uma das atitudes morais deva ter o direito de preservar sua existência pela força<sup>235</sup>. E, concluindo, Lord Devlin adota uma posição moral no sentido antropológico, na qual se verifica uma mistura de costume e convicção, razão e sentimento, experiência e preconceito que se refletiu na sua condenação da homossexualidade<sup>236</sup>.

---

<sup>231</sup> Devemos lembrar que, neste ponto – “imposição da moral pelo direito”, principalmente direito criminal – Hart e Dworkin praticamente concordam. Na questão do conceito de direito, entretanto, o debate manteve-se mais duro e, para Dworkin, inconciliável.

<sup>232</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.383-4.

<sup>233</sup> *Ibidem*, p.383.

<sup>234</sup> *Ibidem*, p.384.

<sup>235</sup> *Ibidem*, p.377.

<sup>236</sup> *Ibid.*, p.391-2. Em *Uma questão de princípio*, Dworkin defende o “princípio da independência moral”, o qual garante o consumo privado de pornografia.

#### 4.5 DIREITO E MORAL VISTOS A PARTIR DO CARÁTER NORMATIVO: POSSÍVEIS DIFERENÇAS

Há poucos estudos específicos sobre sistemas normativos, seja no direito ou na filosofia moral. Na história da filosofia, há a filosofia moral de cada filósofo e a preocupação com as normas – a ética normativa – é somente um braço desta grande estrutura. No direito, o estudo da norma e do ordenamento jurídico é comum e atingiu seu maior desenvolvimento com o positivismo jurídico. Entretanto, caracterizar um sistema normativo e definir as possíveis diferenças entre eles não é um estudo fácil de encontrar. Além disso, quem trata destes aspectos, diverge muito sobre o ponto de partida: se deve ser a norma ou o próprio sistema normativo. Se direito e moral são sistemas normativos, haveria alguma diferença específica entre estes sistemas ou apenas entre os tipos de normas?

Um dos poucos títulos específicos sobre o tema é *Normative Systems* de Carlos E. Alchourrón e Eugenio Bulygin<sup>237</sup>. Esta obra procura, primeiramente, estabelecer um conceito de sistema normativo que não seja simplesmente “um conjunto de normas”. Outras obras que se dedicaram ao tema, ainda que focalizando a norma ou as diferenças normativas entre normas de direito e normas da moral são: *Teoria da norma jurídica* de Norberto Bobbio<sup>238</sup>, *Teoria geral das normas* de Hans Kelsen<sup>239</sup> e *As regras do direito e as regras dos jogos* de Gregorio Robles<sup>240</sup>.

Na perspectiva de Alchourrón e Bulygin, um sistema normativo é um conjunto de enunciados que tem algumas consequências normativas. As normas são entidades linguísticas que correlacionam casos e soluções. Todo o conjunto de normas constitui um sistema normativo, mas o inverso não vale, porque um sistema normativo pode conter enunciados que não são normas jurídicas. O sistema jurídico é um exemplo de sistema normativo em que nem todos os enunciados são normas no sentido em que correlacionam casos e soluções. Existem enunciados jurídicos simplesmente conceituais que não tem aplicação direta ou só terão aplicação em conjunto com outras normas. Para estes autores, não há na ciência moral um estudo específico que se ocupe da análise das normas morais e da descrição dos sistemas morais concretos. Portanto, há uma

<sup>237</sup> Usamos a seguinte edição em espanhol: ALCHOURRÓN, Carlos E., BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1987.

<sup>238</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 5. ed. Trad. Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. São Paulo: EDIPRO, 2014.

<sup>239</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

<sup>240</sup> ROBLES, Gregorio. *As regras do direito e as regras dos jogos*. Ensaio sobre a teoria analítica do direito. Trad. de Pollyana Mayer. São Paulo: Noeses, 2011.

dificuldade com o objeto desta ciência. A teoria do ordenamento jurídico que estuda e sistematiza questões como a unidade do ordenamento, a completude e a coerência do ordenamento poderia, por analogia, ajudar no estudo da moral.

Alchourrón e Bulygin criticam Kelsen que representa o procedimento padrão em termos de caracterização de sistemas normativos: da norma jurídica para o sistema jurídico. A preocupação inicial é definir norma jurídica a partir de sua diferença específica em relação a outras normas: no caso de Kelsen, a norma jurídica possui uma sanção de aplicação organizada.

Hans Kelsen trata da moral e do direito como “sistema de normas”. A norma estatui um dever-ser. A norma moral regula conduta. A norma jurídica regula conduta. O que diferencia a última é o tipo de sanção e o modo de aplicação da sanção. Uma norma posta na realidade do ser por um ato de vontade é uma norma *positiva*. Kelsen chega a falar em positivismo moral e positivismo jurídico. Os primeiros positivistas falavam em moral positiva e moral crítica <sup>241</sup>.

Normas morais e jurídicas também se assemelham no aspecto de não implicarem uma necessidade *fática* (causalidade), mas uma necessidade *normativa* (imputação). A moral e o direito são ordens normativas, ambas implicam sanções, mas o direito diferencia-se no sentido de que as sanções do direito são executáveis com a força física. Outra diferença está na **relação** entre normas primárias (uma norma que prescreve uma sanção) e normas secundárias (uma norma que prescreve uma conduta). Conforme Kelsen, estas normas formam uma unidade e nem sempre a norma que impõe uma conduta determinada (secundária) é explícita na linguagem legal, mas somente a norma que estatui a sanção (primária), de tal modo que esta norma que estatui uma sanção surge como norma primária e a norma nela implicada aparece como norma secundária. O direito, nesta perspectiva, é uma *ordem de coação* <sup>242</sup>. A fim de esclarecer, vamos utilizar um dos exemplos de Kelsen: não há uma norma de conduta que diga “não furtos”, “se furtares, será aplicada a pena ‘x’”. A linguagem legal penal apenas define um tipo <sup>243</sup>, p.ex., “Furto. Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel.

---

<sup>241</sup> Como vimos anteriormente, a diferença entre moral positiva e moral crítica é introduzida por John Austin e retomada por Hart nas seguintes obras: AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1998 e HART, Herbert L.A. *Law, Liberty and Morality*. Oxford University Press, Londres, 1982.

<sup>242</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986, p.181-182.

<sup>243</sup> “Tipo” na linguagem jurídico-penal significa um fato ou conjunto de fatos (uma conduta) definidos como crime por uma lei penal. “Tipo” é tradução portuguesa de expressões usadas em várias línguas para se referir ao fato previsto em norma jurídica, p.ex., *Tatbestand*, em alemão; *fattispecie*, em italiano; *hecho*

Pena – reclusão de 1 a 4 anos e multa”. Nesta abordagem, a enunciação da norma de conduta proibitiva é supérflua (“não furtar”), visto que está implicada na norma que estatui a sanção (“se furtares, será aplicada a pena ‘x’”).

Sem uma análise acurada, torna-se um pouco nebulosa a exposição de Kelsen sobre normas primárias e secundárias, visto que o seu próprio entendimento variou com o tempo <sup>244</sup>. Apesar disso, é a partir desta divisão que Kelsen ressalta a diferença essencial entre Direito positivo e Moral positiva: o direito como ordem de coação impõe uma conduta por **ligar** esta conduta a um ato de coação como sanção. Na moral, conforme Kelsen, as sanções não são atos de coação e a ligação entre a conduta e a sanção não tem a mesma importância do que no direito <sup>245</sup>. É preciso reforçar, para que não ocorra confusão, que a distinção entre normas primárias e secundárias em Kelsen não tem o mesmo sentido das regras primárias e secundárias de Hart.

Norberto Bobbio, certamente inspirado pela obra de Kelsen, explora a caracterização da norma jurídica tentando obter alguma diferença entre as normas jurídicas e as normas morais. Neste tipo de abordagem vai se refletir o “procedimento padrão” apontado por Alchourrón e Bulygin, ou seja, caracteriza-se a norma e, posteriormente, o ordenamento, reduzindo-se ordenamento a “conjunto de normas”. Este procedimento é nítido em Norberto Bobbio, que elabora a sua *Teoria da Norma Jurídica* e, depois, a sua *Teoria do Ordenamento Jurídico* <sup>246</sup>. Na abertura desta última, o procedimento se revela: “o ordenamento jurídico é o conjunto ou complexo de normas jurídicas” <sup>247</sup>.

---

*imponible/supuesto de hecho*, em espanhol. No Brasil, na área civil, ainda se usa, a expressão “suporte fático”.

<sup>244</sup> A divergência ocorrida na obra de Kelsen e seus comentadores deve-se à publicação da obra póstuma *Teoria Geral das Normas*, na qual houve, no capítulo 35, a inversão do entendimento sobre normas primárias e secundárias, figurando a norma de conduta como primária e de sanção como secundária. Entretanto, mantivemos o entendimento sacramentando ao longo de sua obra publicada em vida, na qual Kelsen fez a diferença conforme o que constou no corpo do texto acima. Esta escolha parece ser a mais acertada em função de: a) a diferença padrão constou em mais de uma obra publicada em vida; b) a mudança ocorreu em uma passagem apenas de um capítulo de uma obra póstuma (cap.35), mas, logo depois, Kelsen volta a mesma diferença constante das obras publicadas anteriormente. Esta análise é feita por MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.65-66.

<sup>245</sup> *Ibidem*, p.182.

<sup>246</sup> É interessante observar que esta é a divisão da *Teoria Geral do Direito* de Norberto Bobbio, a qual, em alguns países e edições, vêm em apenas um volume e, em outros casos, como na bibliografia utilizada neste trabalho, representam duas obras separadas. De qualquer forma, o formato editorial não torna falsa a afirmação constante do texto.

<sup>247</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Trad. de Maria Celeste Leite Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Ed. UnB, 1999, p.19.

Nesta perspectiva, procura-se, principalmente, apontar a diferença entre normas jurídicas e normas morais. Não há dúvida de que ambas pertencem ao âmbito normativo no sentido de que prescrevem e obrigam condutas. Algumas destas diferenciações têm uma história dentro da filosofia moral e da teoria do direito de tal forma que é possível catalogá-las sob a forma de critérios de distinção. Excluindo critérios exclusivamente formais, temos o <sup>248</sup>:

- a) critério do conteúdo: a norma jurídica é bilateral e institui uma relação intersubjetiva; de outro lado, a norma moral é unilateral;
- b) critério da finalidade: o ordenamento jurídico tem como finalidade a conservação da sociedade;
- c) critério do sujeito que estabelece a norma: a norma jurídica provém do poder soberano;
- d) critério da justiça: a justiça é o supremo valor em que o direito se inspira. Este critério e o anterior envolvem o debate entre positivismo jurídico e jusnaturalismo, sendo que o critério da justiça até poderia ser usado para identificar o direito, mas não como diferencial específico da norma jurídica;
- e) Quanto à natureza da obrigação: a norma jurídica é obedecida em função das vantagens que dela se espera tirar (há uma adesão exterior, uma ação *conforme o dever*), enquanto a norma moral deve ser obedecida por si mesma, exige obediência interior (uma ação *pelo dever*);

Depois de ultrapassados e criticados todos os critérios catalogados, esta corrente afirma que o verdadeiro diferencial do direito e da norma jurídica consiste na aplicação de uma sanção externa institucionalizada. Ou seja, não é meramente uma sanção interna, relativa ao aspecto interior, psicológico e sentimental das pessoas e existem instituições de criação e de aplicação destas normas específicas. Em sentido estrito, as normas morais não possuem instituições específicas de criação e aplicação.

Entretanto, as diferenças traçadas a partir das normas estão sempre sujeitas à crítica ou ponderação. As normas morais não têm também uma sanção externa institucionalizada? Podem ser levantados argumentos neste sentido: um grupo de pessoas, uma sociedade impõe sua moralidade e, em certos aspectos, esta moralidade é intersubjetiva, força a conduta das pessoas em relação a outras pessoas. A forma da

---

<sup>248</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 5. ed. Trad. Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. São Paulo: EDIPRO, 2014, p.147-150. Temos que lembrar que todos estes critérios são passíveis de críticas.

pressão pode ser diferente: as normas morais se formam e se extinguem “naturalmente”. A pressão parte do grupo social e, muitas vezes, a partir de outras condutas, gestos, exemplos. Aprofundando o tema, podemos dizer que normas morais podem ter uma sanção externa, além da interna que diz respeito aos sentimentos das pessoas. No mesmo sentido, podem ser apontadas instituições que professam uma moral? Entretanto, estas instituições não têm um diferencial específico. A família, um determinado grupo, uma religião podem ser consideradas instituições em alguns aspectos, mas não podemos dizer que elas se dediquem exclusivamente a criar e aplicar normas morais.

É correto afirmar que no direito, a violação de normas jurídicas possui uma resposta sob a forma de sanção externa institucionalizada no sentido forte. No sentido forte significa que o direito nasce e se articula a partir de relações intersubjetivas (relações jurídicas), relações entre pessoas que disputam direitos e obrigações a partir do ordenamento jurídico (um parâmetro objetivo específico que pode mudar ou permanecer conforme determinados parâmetros objetivos específicos) e esperam uma decisão para este conflito de um órgão legitimado pelo ordenamento jurídico para decidir (uma instituição estabelecida com a função principal de julgar).

Voltamos a dizer: normas jurídicas e morais se assemelham quanto aos objetivos da norma, mas é possível diferenciá-las em vários aspectos. Normas jurídicas e morais estão inseridas em sistemas normativos, mas é possível caracterizar o sistema jurídico a partir de determinadas características peculiares.

Neste sentido, existem afirmações que dizem que as normas morais regulam a conduta das pessoas (seriam regras primárias no sentido hartiano ou normas de conduta) e têm uma aplicação imediata: a reação do grupo ao descumprimento é imediata e não depende de procedimentos formais. As normas jurídicas têm uma aplicação mediata e dependem de outro conjunto de normas que definem sujeitos, órgãos e competências que decidem e executam (regras secundárias no sentido hartiano ou normas de estrutura ou competência).

Colocando a norma como parâmetro e abstraindo a questão formal, é possível verificar que existem determinadas normas próprias ao direito: seriam estas normas que não regulam diretamente a conduta das pessoas, mas regulam as próprias instituições de criação e aplicação do direito. Na filosofia de Hart, estas normas são chamadas “regras secundárias” e em Bobbio, elas são chamadas “normas de estrutura ou de

competência”<sup>249</sup>. Ora, se as normas morais não tem um sistema de sanção institucionalizada no sentido forte, a moralidade não possui este tipo de norma: normas que criam e regulam instituições de criação e aplicação das suas próprias normas.

É preciso dizer mais: a filosofia do direito que primeiro percebeu, definiu e aprofundou esta dualidade de normas próprias do direito foi o positivismo jurídico.

Sobre este assunto, existem outras duas obras dignas de nota neste tópico: *O conceito de sistema jurídico* de Joseph Raz e *As regras do direito e as regras dos jogos* de Gregorio Robles <sup>250</sup>. Joseph Raz abre sua obra afirmando que o direito é normativo, coercitivo e institucionalizado. Como já abordamos acima, estas palavras usadas assim, isoladamente, não significam nenhuma diferença em relação à moralidade. Entretanto, no sentido forte, a coerção institucionalizada é própria do direito e este aspecto nos leva a um tipo específico de norma jurídica: as regras secundárias ou normas de estrutura.

Na tese de Gregorio Robles, a diferença entre direito e moral é **estrutural**, ou seja, depende do sistema ou do âmbito de atuação e não da diferença específica entre tipos de regras. A moral pertence ao “âmbito prático”, no qual se encontram regras diretas de conduta (de aplicação imediata), sem definição de órgãos, competências e procedimentos. O direito pertence ao “âmbito ôntico-prático”, ou seja, é instituído por convenções necessárias que criam o âmbito e é indissociável dos elementos necessários do âmbito: os sujeitos, competências e procedimentos. Devido a isto, Robles se dedica ao estudo comparativo entre o direito e os jogos em que o próprio sujeito intervém e faz parte do jogo, sem intermediação de peças e cartas (p.ex., futebol, basquete).

Este procedimento se assemelha ao de Andrei Marmor e as chamadas “convenções constitutivas”: uma prática social como o direito é fundada sobre convenções constitutivas, ou seja, um conjunto de convenções que determinam o que é a prática e como alguém se engaja nela. Em outras palavras, “as convenções não podem constituir uma prática que consiste na expectativa de que as pessoas que se engajam nesta prática tem razão para desconsiderar a prática” <sup>251</sup>.

---

<sup>249</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Trad. de Maria Celeste Leite Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Ed. UnB, 1999, p.33.

<sup>250</sup> RAZ, Joseph. *O conceito de sistema jurídico*. Uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. Trad. de Maria Cecília Almeida. São Paulo: Editora WMF, 2012.

ROBLES, Gregorio. *As regras do direito e as regras dos jogos*. Ensaio sobre a teoria analítica do direito. Trad. de Pollyana Mayer. São Paulo: Noeses, 2011.

<sup>251</sup> MARMOR, Andrei. *Law positive and objective values*. New York: Oxford University Press, 2001, p.51-53. Na verdade, a relação entre o direito e os jogos vem de Hart e sua possível influência wittgensteiniana, comentada no capítulo 1 desta tese.

#### 4.6 A SEPARAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL NA FILOSOFIA POLÍTICA

Scott Shapiro chama de “*Chicken-egg problem*”, o problema da origem do direito e da autoridade: uma determinada autoridade legal (ou instituição jurídica) só é constituída a partir de um conjunto de regras legais. Então, qual é a autoridade que cria as primeiras regras legais do sistema jurídico? Em outras palavras, de onde vem a autoridade que estabelece a autoridade legal ou as instituições jurídicas? Este tipo de questão não tem nenhuma relação com a origem do direito?<sup>252</sup>

H.L.A. Hart, de maneira sutil, quase misteriosa, termina o Capítulo V de *O conceito de direito*, o importante capítulo em que conceitua direito como a união de regras primárias de conduta e regras secundárias de reconhecimento, alteração e julgamento, afirmando que esta estrutura que resultou da combinação destas regras é não só o “coração do sistema jurídico”, mas também um “instrumento muito poderoso para aquilo que tem intrigado, quer o jurista, quer o teórico político”<sup>253</sup>.

Mas o que permanece intrigando o jurista e o teórico político? Hart não diz. Limita-se a afirmar que os conceitos de “Estado, autoridade e funcionários” do sistema exigem uma análise semelhante ao seu esquema das regras primárias e secundárias. Ora, a relação existente entre a filosofia do direito dos positivistas clássicos e a filosofia política é justamente o que significa a regra de reconhecimento de Hart ou a norma fundamental de Kelsen, ou melhor, o *locus* para onde elas apontam.

A origem da autoridade que cria a autoridade legal pode ter várias fontes (uma ruptura revolucionária; uma associação deliberativa de cidadãos), mas, em um dado momento, esta associação convencionou a regra básica da sociedade e a partir deste momento não se questiona mais quem foi a autoridade originária. É preciso um “marco zero” na sociedade política e no sistema jurídico, do contrário, a incerteza, a insegurança e todas as dúvidas minariam diariamente esta sociedade. Esta é o que chamaremos, adiante, de “a tese da filtragem de origem”.

A regra de reconhecimento hartiana é uma regra secundária que serve para identificar o direito. No esquema de Hart, só existirá sistema jurídico quando houver esta junção de regras primárias e secundárias. Não há um conteúdo explícito da regra de reconhecimento (e, devido ao grau de abstração, nem pode haver), mas o próprio Hart

<sup>252</sup> SHAPIRO, S. On Hart’s Way Out. In: COLEMAN, Jules (Ed.). *Hart’s Postscript. Essays on The Postscript to the Concept of Law*. New York: Oxford University Press, 2001, p.149-191.

<sup>253</sup> HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. 5.ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p.107-108.

afirma que ela pode se referir à legislação, aos costumes e aos precedentes. A regra de reconhecimento é identificada pelos funcionários do sistema (*officials*). Assim, ela é fruto de uma longa aceitação compartilhada. É uma prática social. Neste ponto, podemos ligar a origem do sistema jurídico com a prática compartilhada que redundou na primeira assembleia constituinte.

Kelsen é mais comedido no seu esquema. Ao querer fechar seu sistema em um mundo de normas, pressupõe a sua norma fundamental, a qual se refere à Constituição original.

Para os positivistas clássicos, a regra de origem é primordial para a identificação do direito e do sistema jurídico. Apesar de uma nuvem carregada de dúvidas e críticas pairar sobre esta regra de origem, ela é fundamental (ainda que de modo metafórico) para o reconhecimento do sistema jurídico.

Há, basicamente, duas condutas teóricas em relação a este problema: 1) para identificar o sistema jurídico, parte-se do “marco zero” do sistema, tangenciando a origem política do sistema – exemplo dos positivistas clássicos; 2) uma vez posto o sistema, não interessam as questões de fundação e origem, o sistema jurídico é um sistema normativo com determinadas características de criação e aplicação – teóricos que defendem a desnecessidade de uma regra de reconhecimento ou norma fundamental para a manutenção do positivismo jurídico.

Na filosofia do direito, há quem chame este problema de “as origens invisíveis do positivismo jurídico” como William Conklin<sup>254</sup>. Na filosofia política, o tema gera a bifurcação entre o monismo ou dualismo entre direito, moral e política<sup>255</sup>. Também na filosofia política, o tema relaciona-se com a teoria do contrato social e do poder constituinte<sup>256</sup>.

Para William Conklin, o “invisível” nas grandes tradições do direito – jusnaturalismo e positivismo jurídico – é o princípio fundante do direito, uma espécie de *arche* ou origens fundantes da autoridade. Neste ponto, há uma relação entre autor e autoridade. O Estado executa, tortura, mata pessoas. O Estado extradita pessoas. Em

---

<sup>254</sup> CONKLIN, William. *The invisible origins of legal positivism*. Springer Science+Business Media Dordrecht, 2001.

<sup>255</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*. A filosofia política e as lições dos clássicos. Trad. De Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

<sup>256</sup> A bibliografia referente a estes temas é ampla, mas temos que lembrar os grandes contratualistas dos séculos XVI-XVIII como Thomas Hobbes, John Locke e Jean Jacques Rousseau até o contemporâneo John Rawls. Quanto ao poder constituinte, a título de exemplo, temos a obra clássica do Abade Sieyès (“*Qu’est-ce que le tiers état ?*”), passando por Hannah Arendt (*Da revolução*) e chegando aos dias atuais com Antonio Negri (*O poder constituinte*).

última instância, por que a lei obriga? Em última instância, qual a diferença entre o Estado que tortura e mata e uma quadrilha de bandidos? Para o jusnaturalismo, o *arche* é invisível ou divino e sua representação ocorre sob a forma de princípios não escritos e permanentes de justiça. Para o positivismo jurídico, o *arche* é também invisível, absoluto, mas não divino, muitas vezes, confundido com a própria autoridade posta<sup>257</sup>. Ou melhor, em termos de linguagem, a questão fundante da autoridade é uma questão de autoria: ou uma autoria divina ou uma autoria humana, uma assembleia original que estabelece a autoridade da primeira lei (o “grande contrato”, a “vontade geral” que gera a Declaração de Direitos ou a primeira Constituição).

Tema conexo, em alguns aspectos, ao da separação entre direito e moral, é a separação entre moral e política. Este tema, também, tem uma história bastante ampla na filosofia política. Em termos panorâmicos e de recuperação dos conceitos, Norberto Bobbio apresenta um “mapa” bastante útil, identificando as origens da questão e nominando as correntes. A separação entre moral e política torna-se mais nítida quando ocorre a separação entre Igreja e Estado e a formação e a consolidação dos Estados Nacionais europeus, principalmente entre os séculos XIV e XVI. Nicolau Maquiavel e sua obra mais conhecida – *O príncipe* – é um exemplo teórico de identificação e aprofundamento do problema.

Bobbio propõe dividir as correntes sobre a separação entre moral e política em quatro: monismo rígido, monismo flexível, dualismo aparente e dualismo real. A princípio, as expressões significam basicamente o seguinte: a) monismo rígido: conjunto de autores que defendem que não existe oposição entre moral e política porque há um único sistema normativo, ou moral ou político. Uma perspectiva afirma que a moral não se submete à política, defendendo a virtude da honestidade e do bom governo (o Erasmo da *Educação do príncipe cristão* e o Kant de *A paz perpétua* são exemplos) e a outra perspectiva defende que a moral se submete à política, havendo somente o sistema político como sistema normativo derivado do poder soberano do príncipe advindo do contrato social (o exemplo do *Leviatã* hobbesiano); b) monismo flexível: autores que consideram que existe um único sistema normativo – o moral – mas consideram que pode haver exceções ou derrogações com base em certas justificações racionais neste sistema. Pode ocorrer violação do sistema moral frente a uma situação

---

<sup>257</sup> Por *arche*, Conklin designa algo que é inacessível para a linguagem humanamente formulada pelos funcionários do sistema jurídico (*officials*), como juízes, advogados e legisladores. Entretanto, as grandes escolas do direito procuram este *arche*. Ver CONKLIN, William. *The invisible origins of legal positivism*. Springer Science+Business Media Dordrecht, 2001, p.3-4.

de excepcionalidade que pode ser justificada racionalmente: “a moralidade é uma só, mas a sua validade falha em situações excepcionais ou em esferas de atividades especiais”; c) dualismo aparente: autores que concebem a separação entre moral e política formando dois sistemas normativos distintos, mas que não são totalmente independentes um do outro. Neste caso, os dois sistemas podem colidir em alguns aspectos, surgindo uma ordem hierárquica entre eles, em que ora a moral, ora a política pode prevalecer; d) dualismo real: autores que consideram moral e política dois sistemas normativos distintos que obedecem a diferentes critérios de juízo. Neste ponto, temos o exemplo clássico de *O Príncipe* de Maquiavel e seu legado à política real: a fundamentação da “razão de Estado”, “na ação de todos os homens, o que vale é o resultado final”, a “amoralidade da política” e um novo conceito de “virtude” <sup>258</sup>.

Apesar destas classificações, o espectro do contexto moral (ou quem sabe um certo abuso do termo “moral”) torna a relação moral e política inescapável. É o que leva à obra chamada *Fundamentos morais da política* <sup>259</sup>. Ora, no momento em que investigamos, p.ex., a influência do direito natural, do utilitarismo, do contratualismo em sociedades políticas, estamos colocando a política sob a lupa da moral. É um modo de tratamento semelhante ao que ocorre na discussão com o direito. Sob certos aspectos, ou, dependendo como usamos a terminologia, a relação é inescapável.

---

<sup>258</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*. A filosofia política e as lições dos clássicos. Trad. de Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p.184-193.

<sup>259</sup> SHAPIRO, Ian. *Os fundamentos morais da política*. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

#### 4.7 A SEPARAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL: O POSITIVISMO JURÍDICO EXCLUSIVO NORMATIVO COMO DERIVADO DA MORAL CRÍTICA

Nos anos imediatamente anteriores (1958) à sua obra máxima (*O Conceito de Direito*, 1961), Herbert L. A. Hart publicou um artigo sobre *O positivismo e a separação entre o direito e a moral*. Após traçar uma série de argumentos a favor da referida separação, resgatando a base da filosofia jurídica utilitarista que a sustenta, ele concluiu que – ainda que em outras palavras ou de modo indireto – a tese de separação é uma tese moral <sup>260</sup>. O sentido da frase soou um tanto paradoxal ou enigmático e, de maneira geral, acabou menosprezado na discussão envolvendo o positivismo jurídico. Um dos poucos comentadores que o enfrentou e procurou entendê-lo, posteriormente, foi Neil Mac Cormick em seu livro sobre o próprio Hart <sup>261</sup>.

Na época, os motivos possíveis para não exaurir as consequências desta abordagem talvez fossem: a) a ausência de uma colocação tão áspera na obra *O Conceito de Direito*. Não obstante, temos capítulos sobre “Justiça e Moral” (VIII) e “Direito e Moral” (IX) nos quais é possível encontrar uma reformulação daquela tese exposta no artigo de 1958 <sup>262</sup>; b) a insinuação do “incorporacionismo” no capítulo sobre “Direito e Moral” de *O Conceito de Direito*; c) a permanência do mito positivista da separação entre direito e moral e a impossibilidade de abordar, naquela época, as relações entre direito e moral <sup>263</sup>; d) a frase ser um mero jogo de palavras de Hart.

Apesar disso, a frase ostenta realmente uma tese que se tornou mais clara, atualmente. Uma tese que muitos comentadores de Hart ou do positivismo jurídico ainda são econômicos em perceber ou admitir. A tese é a seguinte: o positivismo jurídico luta por um ideal (um valor), qual seja, o direito deve ser separado da moral. Ao longo do tempo, o esforço positivista é um ideal a seguir, é um valor a ser sustentado, e por isso, é uma tese moral, e, também, durante muito tempo, uma espécie de dogma do positivismo jurídico.

---

<sup>260</sup> “O positivismo e a separação entre o direito e a moral”, In: HART, Herbert L.A. *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*. Tradução José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.53-96.

<sup>261</sup> MACCORMICK, Neil. *H.L.A.Hart*. Tradução de Claudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

<sup>262</sup> HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. 5.ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

<sup>263</sup> O uso de “mito” deve-se a John Gardner: GARDNER, J. Legal Positivism: 5 1/2 Myths. *The American Journal of Jurisprudence*. nº 46, p.199-227, 2001. Entretanto, as relações foram feitas nos capítulos referidos de *O conceito de direito*.

A falta de esclarecimento sobre esta tese colocou o próprio positivismo em um emaranhado de debates que permanecem fortes. Como sustentar a separação entre direito e moral se o direito precisa de um mínimo moral para garantir eficácia? Esta separação é absoluta? Esta separação ocorre de modo geral ou somente no momento de criação do direito? Qual o sentido de moralidade os positivistas estão falando? Moralidade popular, moralidade positiva, moralidade política? A separação entre direito e moral atinge que tipo de moral?

O manejo correto e a atenção ao uso dos conceitos sempre foi uma preocupação dos autores inseridos na tradição do positivismo jurídico. Sendo assim, temos que definir da melhor maneira possível o que entendemos como o positivismo jurídico e quais são os caracteres básicos do positivismo jurídico.

A busca destas respostas passou por três grandes objetivos: 1) o que é o positivismo jurídico? Quais são os seus caracteres fundamentais?; 2) quais as vertentes do positivismo jurídico contemporâneo?; 3) o debate sobre os caracteres esgotam-se nestas vertentes ou não? Existem novas formas de tratamento das conhecidas vertentes?

Desenvolvendo um pouco mais os objetivos: dentro de (1), procuramos definir o positivismo jurídico e seus grandes caracteres fundamentais: a teoria das fontes sociais do direito e a separação entre direito e moral; em (2) a cisão maior no seio do positivismo jurídico entre os positivistas *soft* ou inclusivos (ou inclusivistas) e os positivistas *hard* ou exclusivos (ou exclusivistas); (3) a continuidade do debate visando a uma espécie de purificação da cisão: a) de um lado, uma espécie de “inclusivismo de aplicação” que confirma a objetividade das fontes e, de outro, a aplicação de princípios não necessariamente jurídicos (“princípios de moralidade política” nas palavras de Dworkin)<sup>264</sup> e o “exclusivismo normativo” que afirma que não só o direito “é” separado da moral, mas também que o direito “deve ser” separado da moral<sup>265</sup>.

A tese que ora apresentamos pretende defender o “positivismo jurídico exclusivo normativo” ou, anteriormente, chamado “positivismo ético” ou, ainda, “positivismo democrático”. Corrente explicitada, primeiramente, de modo mais forte, por Tom Campbell e Jeremy Waldron e, posteriormente, com outras designações, por Neil Mac Cormick e Frederick Schauer<sup>266</sup>.

---

<sup>264</sup> Como exemplo, citamos a obra de MARANHÃO, Juliano. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

<sup>265</sup> Exemplos de autores na próxima nota.

<sup>266</sup> Algumas obras de referência: CAMPBELL, Tom. *Prescriptive legal positivism*. Law, rights and democracy. UCL Press: London, 2004; WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução Luis

No interior desta tese, teremos que fazer uma abordagem não muito comum: uma abordagem que, de fato, organize o debate à luz dos ramos envolvidos: filosofia do direito e filosofia moral. Ora, de um lado, temos os filósofos ou teóricos do direito, aqueles que, normalmente, tem formação e treinamento no direito e, de outro, temos os filósofos morais. No lado dos filósofos do direito, temos um debate vigente, acirrado e duradouro sobre os tipos de positivismo e as respostas às escolas não positivistas, debate este que, de modo geral, não atrai muito os filósofos morais. Do lado dos filósofos morais, recentemente, temos um crescimento dos manuais de filosofia moral ou teoria moral, dentro dos quais o direito aparece quando se discute algum tema polêmico (p.ex., sobre o início da vida, a vida digna, a morte e as tecnologias aplicáveis) decidido por alguma corte de justiça<sup>267</sup>. No máximo, encontramos alguma referência ao direito natural enquadrado como teoria moral<sup>268</sup>. Aparentemente, temos a seguinte situação: ou os filósofos tem certeza da diferença entre direito e moral e perguntar ou falar sobre isso é desnecessário ou o debate é irrelevante para a filosofia moral.

Apesar disso, alguns teóricos do direito, devido à insistência e substância de seus temas, são estudados e definidos como filósofos do direito ou mesmo filósofos morais como Herbert L.A. Hart, Ronald Dworkin e Joseph Raz.

Abordar esta questão é necessário para vermos se existe algum truísmo, alguma obviedade ou, então, algum fenômeno digno de abordagem que relacione a filosofia do direito e a filosofia moral.

A pretensa obviedade parece desaparecer quando falamos em “dualismo deontológico”: qual a coisa correta a fazer quando direito e moral não coincidem? Ou de maneira mais desenvolvida: é correto fazer algo juridicamente obrigatório, mas moralmente repugnante? Ou: é correto fazer algo moralmente obrigatório, mas juridicamente proibido? A pretensa obviedade também tende a desaparecer quando em sua base está uma tese moral ou política.

De qualquer maneira, parece que direito e moral transitam dentro do grande ramo da filosofia prática: inseridos na filosofia do direito, filosofia moral e filosofia política. Os primeiros positivistas jurídicos, que também foram os grandes utilitaristas,

---

Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003; SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Oxford University Press, 1998; MACCORMICK, Neil. *An Institutional Theory of Law*. New approaches of legal positivism. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1986.

<sup>267</sup> P.ex.: RACHELS, James; RACHELS, Stuart. *Os elementos de filosofia moral*. Tradução de Delamar José Volpato Dutra. 7.ed. Porto Alegre: AMGH, 2013.

<sup>268</sup> TIMMONS, Mark. *Moral theory*. An introduction. Second Edition. Rowman & Littlefield Publishers, Inc.: Maryland, 2013.

requeriam não só a separação entre direito e moral, mas também entre direito positivo e ciência da legislação, assim como entre uma moralidade positiva e uma deontologia <sup>269</sup>. Postulavam a separação entre o direito positivo e a moralidade positiva (ou crítica). Às vezes, a separação destas disciplinas e conteúdos parece ter se perdido no tempo.

Por um lado, a moralidade está presente na discussão dos filósofos do direito. A separação entre direito e moral é uma tese moral. Em que consiste esta tese moral? De que “moral” estão falando os positivistas? Por outro lado, no momento em que se discute se o direito é ou deve ser moralmente neutro, se é algo bom e recomendável que o direito seja moralmente neutro, estamos envolvidos pela filosofia moral ou política.

Neste sentido, como afirmamos, anteriormente, torna-se mais claro o grande esforço do positivismo jurídico: a separação entre direito e moral não é meramente uma questão conceitual ou descritiva, mas possui uma pretensão normativa. Apesar deste esforço remontar aos séculos de estabelecimento e consolidação do positivismo jurídico, apenas recentemente a tese ficou mais clara quando, p.ex., 1) Brian Leiter afirma que o esforço positivista de separação entre direito e moral equivale ao esforço da epistemologia em demarcar o território da ciência do que não é ciência (a tese da demarcação) <sup>270</sup>; 2) uma série de autores defendem que a “neutralidade” nos critérios identificadores do direito contém, em si, uma espécie de valor <sup>271</sup>. Revela-se, portanto, o aparente paradoxo: a tese de separação é uma tese moral. Ao defender a neutralidade do direito, ou melhor, que o direito seja “livre de valores morais” (“*value-free*”) ou “neutro em relação a valores morais” (“*value-neutral*”), os positivistas jurídicos estão, ainda que implicitamente, postulando algum valor.

No mesmo sentido, abandona-se o mito ou o dogma da separação entre direito e moral naquele sentido em que não se pode afirmar nenhuma relação entre direito e moral, o que é um insustentável. Fala-se em mito ou dogma porque os próprios positivistas clássicos e posteriores falam diretamente do assunto, das mais variadas

---

<sup>269</sup> AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1998 (original: 1832), p.126-127; 184-185.

<sup>270</sup> LEITER, Brian. The demarcation problem in jurisprudence: a new case for skepticism. Forthcoming In *Oxford Journal of Legal Studies* 32 (Spring 2012).

<sup>271</sup> P.ex.: CELANO, Bruno. Normative legal positivism, neutrality, and the Rule of Law. (August 1, 2010). In: Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1748408> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1748408>.

relações entre direito e moral, algumas delas inescapáveis <sup>272</sup>. Podemos buscar em Hans Kelsen, Herbert Hart e Joseph Raz estes exemplos literais.

A relação entre direito e moral começa na origem e função de ambos: de modo geral, ambos se dirigem ao comportamento humano, concentram-se na ação, na conduta humana ou, ainda, em razões para a ação. Ambos, enfim, são formas de guias de conduta humana. Os positivistas jurídicos tradicionais mencionam, no mínimo, uma relação entre direito e moralidade: a relação pertinente a um mínimo de eficácia. O sistema jurídico necessita de um mínimo de eficácia para existir e atingir seus objetivos. Para alcançar este mínimo de eficácia, o sistema jurídico não pode estar totalmente apartado da moralidade, no caso, chamada de “moralidade social ou popular” por Raz <sup>273</sup> ou o chamado “conteúdo mínimo do direito natural” por Hart <sup>274</sup>. Ou seja, o sistema jurídico não opera sobre um vazio ou é descolado de um conjunto de costumes históricos da sua comunidade. O sistema jurídico absorve uma parte desta “moralidade popular”. O mínimo de eficácia advém da relação com este mínimo de moralidade.

A tese positivista da separação não está falando, portanto, da separação entre direito e moralidade popular. Ou pelo menos, em termos absolutos, não há esta separação, sob pena de inviabilidade do próprio sistema jurídico.

Os primeiros positivistas jurídicos sistemáticos e utilitaristas usavam a expressão “moralidade positiva” para expressar o conjunto de padrões vigentes de conduta normalmente aceitos por uma determinada sociedade. Para Jeremy Bentham e John Austin, sim, o direito conceitualmente deve ser separado da moralidade, apesar das mais variadas relações e sobreposições que existem entre direito e moralidade. John Austin, por exemplo, gasta uma boa parte da *Lecture V* de sua *The Province of Jurisprudence determined* para ilustrar, p.ex., quando as Leis de Deus, o direito positivo e moralidade positiva coincidem, não coincidem ou conflitam. Apesar de alguns exemplos estarem desatualizados perante os sistemas jurídicos modernos, vamos apontá-los: 1) coincidência: quando a Lei de Deus, o direito positivo e a moralidade positiva proíbem uma conduta que é moralmente repugnante, p.ex., no caso de proibição do homicídio. A prática da conduta proibida será um crime ou uma imoralidade convencional ou um

---

<sup>272</sup> GARDNER, J. Legal Positivism: 5 1/2 Myths. *The American Journal of Jurisprudence*. n° 46, p.199-227, 2001. Republicado em GARDNER, J. *Law as leap of faith: essays on law in general*. New York: OUP, 2012.

<sup>273</sup> RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 1979.

<sup>274</sup> HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. 5.ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

pecado, dependendo da ótica normativa observada; 2) não coincidência: proibição legal de uma conduta que é moralmente aceita por uma determinada comunidade. P.ex.: o caso do contrabando que é criminalizado pelo direito e é praticado sem nenhum tipo de vergonha ou reprimenda moral por uma comunidade, principalmente quando os impostos são perniciosos e abusivos; 3) o conflito entre sistemas de leis: quando um sistema proíbe e o outro aceita certos atos. Austin dá o exemplo do duelo que na maioria das nações civilizadas da época já era proibido, mas que segundo uma “Lei da Honra”, um cavalheiro poderia ser “obrigado” a aceitar o desafio. O direito positivo impunha um dever *legal* negativo, a religião impunha um dever *religioso* negativo, mas um dever *moral* positivo poderia ser maior e mais forte do que os anteriores controlando a conduta <sup>275</sup>.

A partir dos grandes utilitaristas, é que se desenvolve a distinção entre moralidade positiva e moralidade crítica, a qual será utilizada por Hart em sua obra *Law, Liberty, Morality*, derivada de seu debate com Patrick Devlin <sup>276</sup>. Aqui, revela-se uma curiosidade conceitual histórica: os primeiros positivistas jurídicos sistemáticos (Bentham e Austin) e grandes utilitaristas afirmavam: 1) a busca de autonomia do conceito de direito, no sentido de separá-lo de critérios e considerações morais, políticas e religiosas; 2) a moralidade positiva pode ser avaliada e questionada por uma outra moralidade – a moralidade crítica –, a qual também pode ser usada para reforma legislativa. As grandes reformas legislativas do período, sustentadas, principalmente, por Jeremy Bentham, lastreavam-se neste entendimento. A curiosidade é que já nos primeiros positivistas sistemáticos levantava-se, de um lado, a bandeira da separação conceitual entre o direito e a moralidade, mas, de outro lado, a possibilidade de a moralidade crítica servir de avaliação da legislação vigente para fins de reformas legislativas. Não é por acaso que o positivismo exclusivista normativo contemporâneo também é chamado, por alguns, de positivismo “benthamista” ou “neobenthamista”. Conceitualmente, devemos separar direito e moral, mas o direito pode ser avaliado com a finalidade de manutenção de ideais de bom governo e democracia (os caracteres importantes para o *Rule of Law*).

Outro “tipo” de moralidade presente neste debate é a “moralidade política”. Os princípios de moralidade política foram afirmados e reafirmados por Ronald Dworkin

---

<sup>275</sup> AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1998 (original: 1832), p.159-162.

<sup>276</sup> HART, Herbert L.A. *Law, Liberty and Morality*. Oxford University Press, Londres, 1982.

em sua batalha contra o positivismo jurídico <sup>277</sup>. Estes princípios são princípios gerais da moral: justiça, equidade, igualdade, liberdade.

A tese positivista da separação entre direito e moral atinge este tipo de moralidade? Em grande parte, sim. Ou melhor: a resposta depende de uma melhor abordagem das correntes contemporâneas do positivismo jurídico. De momento, podemos afirmar que: 1) para os positivistas clássicos como Kelsen (antes de falarmos em inclusivistas, exclusivistas): sim, o direito deve ser separado da moral, uma norma não deixa de ser jurídica porque não é justificada moralmente e vice-versa <sup>278</sup>. Uma norma injusta não deixará de ser jurídica somente por este fator. Portanto, sim, há uma separação conceitual entre o direito e determinados princípios de moralidade política. Ou ainda, para definir o direito, não necessitamos recorrer a princípios de moralidade política. 2) para os exclusivistas e exclusivistas normativos: o direito necessariamente é conceituado sem apelo a critérios morais. A definição do direito, a existência e a validade do direito dependem de critérios objetivos, dependem das fontes sociais do direito, sem necessidade de considerações morais. 3) para os inclusivistas, o direito pode depender de critérios morais, de maneira contingente. É possível que a definição do direito dependa de critérios morais. Portanto, neste último caso, a tese passa a ser chamada de “tese da separabilidade” <sup>279</sup>.

Observando-se o panorama das correntes contemporâneas do positivismo jurídico, podemos afirmar que a separação ou não entre direito e moral refere-se a alguns princípios de moralidade política.

Entretanto, também aqui é preciso esclarecer: a separação ocorre no nível da existência e validade do direito. Não significa que o sistema jurídico esteja totalmente apartado destes princípios de moralidade política. Ora, para garantir aquele mínimo de eficácia necessária à manutenção do sistema jurídico, deve-se aceitar que o direito tenha como grande objetivo a justiça e o bem comum. De outro lado, os julgadores podem usar aqueles princípios na resolução de casos concretos, principalmente nas situações de lacuna do direito.

---

<sup>277</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002 e *O império do direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

<sup>278</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2006.

<sup>279</sup> Um exemplo de inclusivista: WALUCHOW, W.J. *Inclusive legal positivism*. New York: Oxford University Press, 1994.

A adequada compreensão do esforço positivista pela tese da separação depende de uma análise profunda da chamada “tese das fontes sociais” do direito como foi elaborada por Joseph Raz.

Entretanto, a título de apresentação da nossa tese, podemos afirmar que o positivismo jurídico, para atender aos seus moldes e objetivos históricos e tradicionais, é um positivismo jurídico exclusivo e normativo. A nossa tese será, portanto, uma tese de defesa do positivismo jurídico exclusivo e normativo.

O positivismo jurídico exclusivo é um aprimoramento do positivismo jurídico tradicional. Ele se sustenta, basicamente, sobre a tese das “fontes sociais do direito” ou, simplesmente, a “tese das fontes” (Joseph Raz).

O positivismo jurídico exclusivo e normativo reafirma a tese das fontes e sustenta que o direito não apenas é separado da moral, o direito deve ser separado da moral com a finalidade de manutenção do *Rule of Law* e os seus principais caracteres: o governo da lei, a impessoalidade do poder, a segurança e a estabilidade, a previsibilidade das decisões, a democracia, a separação de poderes, os direitos e garantias individuais.

#### 4.8 QUAL MORALIDADE?

Quando os positivistas jurídicos falam em separação entre direito e moral, qual o sentido de moral colocado na frase? Moral em geral ou algum tipo específico de moral? É um sentido metonímico (a parte pelo todo) de moral? E se alterarmos “moral” por “ética”, a tese da separação permanece? A tese da separação depende da tese das fontes?

É possível afirmar que a origem da chamada tese da separação entre direito e moral remonta ao vetusto debate entre direito positivo (escrito) e direito natural, na medida em que o direito natural pretendeu monopolizar a aplicação da justiça ou avaliar o direito a partir de princípios, ideias e regras de justiça. Entretanto, podemos perguntar se realmente o direito positivo sempre pretendeu afastar-se da justiça ou deixar a justiça de lado na aplicação do direito? O problema inicial (e que perdurou séculos) do jusnaturalismo é um problema de fonte: as fontes do direito são as mais variadas, extremamente flexíveis ao longo do tempo e podem servir a qualquer interesse. Além disso, uma destas fontes do direito natural foi religiosa e, posteriormente, a divindade metamorfoseou-se em razão, em poder racional (luz racional). Ora, se considerarmos este aspecto: todos os homens possuem luz racional, alguns homens deliberarão sobre o

direito, logo, o direito produzido pelos homens é racional, é derivado do direito natural. Neste sentido, há uma relação genética inafastável entre direito e moral.

Ao longo do tempo, ocorreu um afastamento entre o direito positivo (posto, escrito) e o direito natural em função destes motivos: a) deslocar o direito de origens ou fontes religiosas (“laicização”); b) determinar fontes específicas, objetivas e autorizadas do direito, as quais estabeleçam um nível adequado de segurança e estabilidade na definição e aplicação do direito.

Assim, o primeiro sentido da tese da separação entre direito e moral é aquele que pretende conferir autoridade ao direito estabelecido pelos homens, pela sociedade política, ainda que John Austin, em sua classificação das leis, admita a lei de Deus e a lei positiva, e possa admitir que a lei positiva, no fundo, seja um desígnio de Deus, visando à felicidade dos homens via princípio da utilidade. Entretanto, o próprio Austin afirma que o direito posto (lei positiva) não pode deixar de ser aplicado se for injusto. Na prática dos tribunais, é irrelevante ou sem fundamento alegar o direito natural ou a falta de justiça da lei para deixar de aplicá-la <sup>280</sup>. Este é um dos primeiros argumentos específicos (dentro da filosofia do direito) a respeito do afastamento entre direito positivo e direito natural. É fundamental utilizar Austin neste ponto devido à sua classificação das leis contemplando a lei de Deus e qual a sua argumentação para o início da tese da separação.

É sabido que Austin é discípulo de Bentham e suas teses são bastante parecidas (inclusive no título das obras), mas Austin mantém esta admissão e referência à divindade. Bentham é mais contundente na crítica ao direito natural e são famosas suas frases acusando o direito natural de “sem sentido”, “nonsense”, “absurdo”. Conforme Hart, Bentham foi, no mundo anglo saxão, um dos pioneiros de uma “teoria imperativa do direito” fundada em dois pilares: a) o direito é fundado na sanção, a possibilidade de coerção em caso de descumprimento; b) a separação entre direito e moral. Sabe-se, também que Hart rearticulou toda esta perspectiva revendo e criticando, inicialmente, o primeiro pilar e, posteriormente, adequando os termos do segundo pilar.

Atualmente, os próprios positivistas (principalmente, os “duros”) não mantêm o dogma de afastamento entre direito positivo e direito natural. Primeiro, porque um

---

<sup>280</sup> AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1998 (original: 1832), p.185: “Dizer que leis humanas que conflitam com a lei Divina não são obrigatórias, ou seja, que não são leis, é falar um forte nonsense. As leis mais perniciosas e, portanto, aquelas que são mais opostas à vontade de Deus, têm sido e são continuamente impostas como leis pelos tribunais judiciais (...). Uma objeção, uma defesa, um apelo fundado na lei de Deus nunca foi ouvido em uma Corte de Justiça, desde a criação do mundo até o presente momento”.

conjunto de princípios do direito natural foi incorporado pelo direito positivo e, segundo, porque o direito natural evoluiu estabelecendo uma série de características que devem ser observadas pelo direito (Lon Fuller e John Finnis). Para estes positivistas, não há problema em admitir isso. Joseph Raz, um grande representante do positivismo jurídico exclusivo (“duro”) afirma categoricamente que sua abordagem do positivismo não significa um afastamento de determinadas pretensões do direito natural <sup>281</sup>. Jeremy Waldron, p.ex., afirma que o conflito/dilema positivismo jurídico x jusnaturalismo é um ranço histórico ultrapassado <sup>282</sup>. Neil MacCormick também postulava a revisão do aparente e clássico dilema, defendendo e nominando a sua teoria de “pós-positivismo” ou uma “ética do legalismo” <sup>283</sup>.

Observando a evolução da filosofia do direito e as bases do positivismo jurídico, conclui-se que a tese de separação não é uma tese independente. Ela não sobrevive autonomamente. Ao contrário, ela está ligada à tese das fontes. A tese da separação entre direito e moral somente poderia sobreviver como uma subtese e sob algumas condições. A chave para entendermos o positivismo jurídico está na tese das fontes (Joseph Raz). O que é efetivamente a tese das fontes do direito? Esta tese afirma que o direito é originado por fontes sociais autorizadas. O que são fontes sociais autorizadas? São fontes aceitas, definidas e aplicadas como direito em uma determinada sociedade política. As principais fontes autorizadas são a legislativa e a judiciária. A produção do direito é regulada por instituições definidas na Constituição. Lembrando Kelsen, o direito regula a sua própria criação e esta criação deriva de duas instituições: o legislativo e o judiciário. Os positivistas jurídicos tradicionais, como Kelsen e Hart, buscavam, também, uma espécie de critério último de conhecimento ou justificação do direito: uma norma fundamental ou regra de reconhecimento. A norma fundamental de Kelsen afirma que “devemos obedecer a Constituição original” levando o critério para o

---

<sup>281</sup> RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 1979, p.39: “a versão moderada do positivismo não precisa conflitar com os defensores do direito natural no que se refere à análise semântica de termos normativos e a relação entre direito e moralidade. Seguem alguns exemplos de visões usualmente associadas às teorias do direito natural que são comparáveis com a versão do positivismo defendida:

i. “um dever legal” significa um dever que alguém tem porque o direito requer a realização daquela ação;  
 ii. há uma conexão necessária entre direito e moralidade popular (i.e. a moralidade praticada e endossada pela população);  
 iii. toda a exigência de autoridade do sistema legal é justificada.”

<sup>282</sup> WALDRON, Jeremy. Normative (or ethical) positivism. In: COLEMAN, Jules (Ed.). *Hart's Postscript Essays*: New York: OUP, 2001, p.411-433.

<sup>283</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Tradução Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro, Elsevier, p.9: “há valores morais e sociais específicos que dependem da manutenção e suporte de uma ordem normativa institucional para o bem da paz e da previsibilidade entre os seres humanos e como condição (mas não garantia) para manter-se a justiça entre eles”.

início da cadeia de validade do direito. Enquanto Hart diz que a regra de reconhecimento refere-se a costumes, legislação e precedente. É extremamente difícil negar que Kelsen e Hart tenham fechado os olhos para a origem do direito estatal. Kelsen preocupa-se com a Constituição original, a primeira Constituição. O que temos em uma situação como esta? Temos uma assembleia de homens deliberando sobre a primeira Constituição (uma assembleia constituinte). É uma espécie de primeiro parlamento de uma determinada sociedade política. Esta primeira Constituição cria e organiza os poderes de criação e aplicação do direito. Como serão estruturados o Legislativo e o Judiciário a partir daquele momento.

Se questionarmos a origem, a legitimidade e a justificativa das primeiras assembleias criadoras do direito, estaremos rumando para uma análise de filosofia política ou de ciência política. Análise esta que demanda outro tipo de tese, mas que, deve-se dizer, tem uma tradição forte na filosofia.

Para a nossa finalidade, fazemos menção a este tema porque os clássicos do positivismo jurídico o fazem e porque dali parte o que passou a ser chamado “tese das fontes”. Sem questionar as origens e justificativas das origens do direito, podemos afirmar que a primeira assembleia constituinte cria e estrutura as fontes institucionais e autorizadas do direito. A moral e a política podem estar na origem do direito e estabelecerem as mais variadas relações com o direito, mas, após a criação e estruturação das fontes institucionais e autorizadas do direito, há a suspensão ou o afastamento dos debates sobre a moralidade. A controvérsia e a pluralidade moral são afastadas do direito posto. “Suspensão” ou “afastamento” no sentido de que a existência e a validade do direito precisam de critérios objetivos e públicos e não sujeitos a incessantes e sucessivos debates.

Neste sentido que se revela a proposição do positivismo jurídico (LP): “o direito de uma sociedade é definido pelas suas fontes e não por seus méritos (valores)” (LP de John Gardner). Aqui, a palavra “mérito” é usada em referência a conceitos morais como justiça, razoabilidade e equidade. “Mérito” é uma palavra que soa estranha neste contexto, mas, provavelmente seja herança da famosa passagem de Austin: “o direito é o direito independentemente do seu mérito ou demérito”. Austin estava criticando o direito natural do período: século XIX. O direito natural não é motivo ou justificativa para desfazer uma lei ou direito. Assim, a tese da separação entre direito e moral depende da tese das fontes e, inicialmente, a moral referida era a moral do direito natural: seja a moral referente a uma ideia de justiça, seja, também, uma moral religiosa.

A tese da separação entre direito e moral não é, portanto, uma tese autônoma do positivismo jurídico. Ela é, no máximo, uma subtese dependente da tese das fontes.

#### 4.9 SUGESTÃO DE UM NOVO RÓTULO: TRANSPOSITIVISMO JURÍDICO

Há décadas, um conjunto de estudos e autores vem propondo uma alternativa ao positivismo jurídico. Aponta-se um esgotamento e pretende-se uma superação desta influente teoria da filosofia do direito. Este esgotamento aparece tanto, por exemplo, em uma obra de fôlego sobre as revoluções históricas que vieram a formar os sistemas jurídicos (*Direito e Revolução*<sup>284</sup>), como no interior da própria filosofia do direito.

Antes de defender ou não o positivismo jurídico, é fácil perceber isso: há décadas, aponta-se o esgotamento do positivismo jurídico e propõem-se alternativas. Alguns autores, nos últimos anos propuseram, p.ex., o rótulo “pós-positivismo” (Albert Calsamiglia; Neil MacCormick) ou “neoconstitucionalismo” para o que seria uma nova teoria do direito que combinaria positivismo jurídico e jusnaturalismo, principalmente no que diz respeito à influência moral dos princípios contidos nas Constituições.

O problema destes rótulos com os prefixos “pós” e “neo” é o mesmo: parecem indicar que estamos no fim da história. Ora, não virá nada depois deste “pós” ou “neo”? E se vier, será o “pós-pós” ou o “neo-neo”? O mais correto é evitar definir a suposta nova teoria do direito com estes prefixos.

Entretanto, é preciso pontuar algumas tendências fortes no panorama:

- a) não deve ocorrer um abandono simples do positivismo jurídico devido aos caracteres essenciais dos sistemas jurídicos: um conjunto de regras estabelecidos por alguns poderes e impostos por sanções. Quem fala de direito, fala destes aspectos. Estes aspectos ou caracteres são os que tendem a permanecer em qualquer definição de direito ao longo do tempo. Além disso, devido ao tempo e influência, algumas contribuições do positivismo jurídico não serão simplesmente abandonadas como, p.ex., as relativas a conceitos básicos aplicados no direito e ao ordenamento jurídico: vigência, revogação, coerência (resolução de antinomias) e completude (resolução de lacunas) do ordenamento jurídico;

---

<sup>284</sup> BERMAN, Harold J. *Direito e revolução*. A formação da tradição jurídica ocidental. Tradução de Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

- b) por outro lado, há uma revisão necessária a ser feita em relação às teses fundamentais do positivismo jurídico: a tese das fontes sociais do direito e a tese da separação entre direito e moral. Ficou claro, ao longo do tempo, para os próprios positivistas, que falar, de modo geral, em separação entre direito e moral é impreciso. Primeiramente, é preciso especificar de que tipo de moral estamos falando e, em segundo lugar, verificar se realmente esta tese constitui-se como uma tese autônoma do positivismo jurídico;
- c) estes momentos de transição, de crise e tentativa de estabelecimento de um novo panorama são longos, são processos históricos e conceituais que são decantados a partir de muitos debates teóricos em várias áreas do conhecimento. Assim, se é o caso de nomear o panorama, propomos utilizar “transpositivismo”. O prefixo “trans” ao mesmo tempo em que pode indicar o “movimento de transição”, significa “além de”. “Transpositivismo jurídico” é uma teoria da filosofia do direito que, de um lado, aceita as contribuições do positivismo jurídico referentes aos caracteres essenciais e permanentes do direito quanto ao conceito de direito e quanto ao ordenamento jurídico e, por outro, pretende rever ou colocar em termos adequados as relações entre direito e moral ou entre direito positivo e direito natural.
- d) O uso ou não de um rótulo sofre de um dilema: o problema do novo que causa desconfiança, ironias, insegurança. Mas será adequado manter o rótulo antigo diante de tantas críticas e propostas? Por isso, temos os adjetivos do próprio positivismo jurídico: inclusivo, exclusivo, normativo e os prefixos do positivismo jurídico: pós-positivismo jurídico, neopositivismo jurídico.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O positivismo jurídico luta por um ideal (um valor), qual seja, o direito deve ser separado da moral. Ao longo do tempo, o esforço positivista é um ideal a seguir, é um valor a ser sustentado, e por isso, é uma tese moral, e, também, durante muito tempo, uma espécie de dogma do positivismo jurídico.

A falta de esclarecimento sobre esta tese colocou o próprio positivismo em um emaranhado de debates que permanecem fortes. Como sustentar a separação entre direito e moral se o direito precisa de um mínimo moral para garantir eficácia? Esta separação é absoluta? Esta separação ocorre de modo geral ou somente no momento de criação do direito? Qual o sentido de moralidade os positivistas estão falando? Moralidade popular, moralidade positiva, moralidade política? A separação entre direito e moral atinge que tipo de moral?

A busca destas respostas passou por três grandes objetivos: 1) o que é o positivismo jurídico? Quais são os seus caracteres fundamentais?; 2) quais as vertentes do positivismo jurídico contemporâneo?; 3) o debate sobre os caracteres esgotam-se nestas vertentes ou não? Existem novas formas de tratamento das conhecidas vertentes?

Desenvolvendo um pouco mais os objetivos: dentro de (1), procuramos definir o positivismo jurídico e seus grandes caracteres fundamentais: a teoria das fontes sociais do direito e a separação entre direito e moral; em (2) a cisão maior no seio do positivismo jurídico entre os positivistas *soft* ou inclusivos (ou inclusivistas) e os positivistas *hard* ou exclusivos (ou exclusivistas); (3) a continuidade do debate visando a uma espécie de purificação da cisão: a) de um lado, uma espécie de “inclusivismo de aplicação” que confirma a objetividade das fontes e, de outro, a aplicação de princípios não necessariamente jurídicos (“princípios de moralidade política” nas palavras de Dworkin)<sup>285</sup> e o “exclusivismo normativo” que afirma que não só o direito “é” separado da moral, mas também que o direito “deve ser” separado da moral.

A tese apresentada defendeu o “positivismo jurídico exclusivo” e “normativo” (ainda que indiretamente). Neste sentido, como afirmamos, anteriormente, torna-se mais claro o grande esforço do positivismo jurídico: a separação entre direito e moral não é meramente uma questão conceitual ou descritiva, mas possui uma pretensão normativa. Apesar deste esforço remontar aos séculos de estabelecimento e consolidação do

---

<sup>285</sup> MARANHÃO, Juliano. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

positivismo jurídico, apenas recentemente a tese ficou mais clara quando, p.ex., 1) Brian Leiter afirma que o esforço positivista de separação entre direito e moral equivale ao esforço da epistemologia em demarcar o território da ciência do que não é ciência (a tese da demarcação)<sup>286</sup>; 2) uma série de autores defendem que a “neutralidade” nos critérios identificadores do direito contém, em si, uma espécie de valor<sup>287</sup>. Revela-se, portanto, o aparente paradoxo: a tese de separação é uma tese moral. Ao defender a neutralidade do direito, ou melhor, que o direito seja “livre de valores morais” (“*value-free*”) ou “neutro em relação a valores morais” (“*value-neutral*”), os positivistas jurídicos estão, ainda que implicitamente, postulando algum valor.

No mesmo sentido, abandona-se o mito ou o dogma da separação entre direito e moral naquele sentido em que não se pode afirmar nenhuma relação entre direito e moral, o que é um insustentável. Fala-se em mito ou dogma porque os próprios positivistas clássicos e posteriores falam diretamente do assunto, das mais variadas relações entre direito e moral, algumas delas inescapáveis<sup>288</sup>. Podemos buscar em Hans Kelsen, Herbert Hart e Joseph Raz estes exemplos literais.

A relação entre direito e moral começa na origem e função de ambos: de modo geral, ambos se dirigem ao comportamento humano, concentram-se na ação, na conduta humana ou, ainda, em razões para a ação. Ambos, enfim, são formas de guias de conduta humana. Os positivistas jurídicos tradicionais mencionam, no mínimo, uma relação entre direito e moralidade: a relação pertinente a um mínimo de eficácia. O sistema jurídico necessita de um mínimo de eficácia para existir e atingir seus objetivos. Para alcançar este mínimo de eficácia, o sistema jurídico não pode estar totalmente apartado da moralidade, no caso, chamada de “moralidade social ou popular” por Joseph Raz<sup>289</sup> ou o chamado “conteúdo mínimo do direito natural” por Hart<sup>290</sup>. Ou seja, o sistema jurídico não opera sobre um vazio ou é descolado de um conjunto de costumes históricos da sua comunidade. O sistema jurídico absorve uma parte desta

---

<sup>286</sup> LEITER, Brian. The demarcation problem in jurisprudence: a new case for skepticism. Forthcoming in *Oxford Journal of Legal Studies* 32 (Spring 2012).

<sup>287</sup> P.ex.: CELANO, Bruno. Normative legal positivism, neutrality, and the Rule of Law. (August 1, 2010). In: Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1748408> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1748408>.

<sup>288</sup> GARDNER, J. Legal Positivism: 5 1/2 Myths. *The American Journal of Jurisprudence*. nº 46, p.199-227, 2001. Republicado em GARDNER, J. *Law as leap of faith: essays on law in general*. New York: OUP, 2012.

<sup>289</sup> RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 1979.

<sup>290</sup> HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. 5.ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

“moralidade popular”. O mínimo de eficácia advém da relação com este mínimo de moralidade.

A tese positivista da separação não está falando, portanto, da separação entre direito e moralidade popular. Ou pelo menos, em termos absolutos, não há esta separação, sob pena de inviabilidade do próprio sistema jurídico.

Os primeiros positivistas jurídicos sistemáticos e utilitaristas usavam a expressão “moralidade positiva” para expressar o conjunto de padrões vigentes de conduta normalmente aceitos por uma determinada sociedade. Para Jeremy Bentham e John Austin, sim, o direito conceitualmente deve ser separado da moralidade, apesar das mais variadas relações e sobreposições que existem entre direito e moralidade.

A partir dos grandes utilitaristas, é que se desenvolve a distinção entre moralidade positiva e moralidade crítica, a qual será utilizada por Hart em sua obra *Law, Liberty, Morality*, derivada de seu debate com Patrick Devlin <sup>291</sup>. Aqui, revela-se uma curiosidade conceitual histórica: os primeiros positivistas jurídicos sistemáticos (Bentham e Austin) e grandes utilitaristas afirmavam: 1) a busca de autonomia do conceito de direito, no sentido de separá-lo de critérios e considerações morais, políticas e religiosas; 2) a moralidade positiva pode ser avaliada e questionada por uma outra moralidade – a moralidade crítica –, a qual também pode ser usada para reforma legislativa. As grandes reformas legislativas do período, sustentadas, principalmente, por Jeremy Bentham, lastreavam-se neste entendimento. A curiosidade é que já nos primeiros positivistas sistemáticos levantava-se, de um lado, a bandeira da separação conceitual entre direito e moralidade, mas, de outro lado, a possibilidade de a moralidade crítica servir de avaliação da legislação vigente para fins de reformas legislativas. Não é por acaso que o positivismo exclusivista normativo contemporâneo também é chamado, por alguns, de positivismo “benthamista” ou “neobenthamista”. Conceitualmente, devemos separar direito e moral, mas o direito pode ser avaliado com a finalidade de manutenção de ideais de bom governo e democracia (os caracteres importantes para o *Rule of Law*).

Outro “tipo” de moralidade presente neste debate é a “moralidade política”. Os princípios de moralidade política foram afirmados e reafirmados por Ronald Dworkin

---

<sup>291</sup> HART, Herbert L.A. *Law, Liberty and Morality*. Oxford University Press, Londres, 1982.

em sua batalha contra o positivismo jurídico <sup>292</sup>. Estes princípios são princípios gerais da moral: justiça, equidade, igualdade, liberdade.

A tese positivista da separação entre direito e moral atinge este tipo de moralidade? Em grande parte, sim. Ou melhor: a resposta depende de uma melhor abordagem das correntes contemporâneas do positivismo jurídico. Podemos afirmar que: 1) para os positivistas clássicos como Kelsen (antes de falarmos em inclusivistas, exclusivistas): sim, o direito deve ser separado da moral, uma norma não deixa de ser jurídica porque não é justificada moralmente e vice-versa <sup>293</sup>. Uma norma injusta não deixará de ser jurídica somente por este fator. Portanto, sim, há uma separação conceitual entre o direito e determinados princípios de moralidade política. Ou ainda, para definir o direito, não necessitamos recorrer a princípios de moralidade política. 2) para o exclusivistas e exclusivistas normativos: o direito necessariamente é conceituado sem apelo a critérios morais. A definição do direito, a existência e a validade do direito dependem de critérios objetivos, dependem das fontes sociais do direito, sem necessidade de considerações morais. 3) para os inclusivistas, o direito pode depender de critérios morais, de maneira contingente. É possível que a definição do direito dependa de critérios morais. Portanto, neste último caso, a tese passa a ser chamada de “tese da separabilidade”.

Observando-se o panorama das correntes contemporâneas do positivismo jurídico, podemos afirmar que a separação ou não entre direito e moral refere-se a alguns princípios de moralidade política.

Entretanto, também aqui é preciso esclarecer: a separação ocorre no nível da existência e validade do direito. Não significa que o sistema jurídico esteja totalmente apartado destes princípios de moralidade política. Ora, para garantir aquele mínimo de eficácia necessária à manutenção do sistema jurídico, deve-se aceitar que o direito tenha como grande objetivo a justiça e o bem comum. De outro lado, os julgadores podem usar aqueles princípios na resolução de casos concretos, principalmente nas situações de lacunas e antinomias normativas.

A adequada compreensão do esforço positivista pela tese da separação depende de uma análise profunda da chamada “tese das fontes sociais” do direito como foi

---

<sup>292</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002 e *O império do direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

<sup>293</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

elaborada por Joseph Raz. O positivismo jurídico exclusivo é um aprimoramento do positivismo jurídico tradicional.

O positivismo jurídico exclusivo e normativo reafirma a tese das fontes e sustenta que o direito não apenas é separado da moral, o direito deve ser separado da moral com a finalidade de manutenção do *Rule of Law* e os seus principais caracteres: o governo da lei, a impessoalidade do poder, a segurança e a estabilidade, a previsibilidade das decisões, a democracia, a separação de poderes, os direitos e garantias individuais.

Quando os positivistas jurídicos falam em separação entre direito e moral, qual o sentido de moral colocado na frase? Moral em geral ou algum tipo específico de moral? É um sentido metonímico (a parte pelo todo) de moral? E se alterarmos “moral” por “ética”, a tese da separação permanece? A tese da separação depende da tese das fontes?

É possível afirmar que a origem da chamada tese da separação entre direito e moral remonta ao vetusto debate entre direito positivo (escrito) e direito natural, na medida em que o direito natural pretendeu monopolizar a aplicação da justiça ou avaliar o direito a partir de princípios, ideias e regras de justiça. Entretanto, podemos perguntar se realmente o direito positivo sempre pretendeu afastar-se da justiça ou deixar a justiça de lado na aplicação do direito? O problema inicial (e que perdurou séculos) do jusnaturalismo é um problema de fonte: as fontes do direito são as mais variadas, extremamente flexíveis ao longo do tempo e podem servir a qualquer interesse. Além disso, uma destas fontes do direito natural foi religiosa e, posteriormente, a divindade metamorfoseou-se em razão, em poder racional (luz racional). Ora, se considerarmos este aspecto: todos os homens possuem luz racional, alguns homens deliberarão sobre o direito, logo, o direito produzido pelos homens é racional, é derivado do direito natural. Neste sentido, há uma relação genética inafastável entre direito e moral.

Ao longo do tempo, ocorreu um afastamento entre o direito positivo (posto, escrito) e o direito natural em função destes motivos: a) deslocar o direito de origens ou fontes religiosas (“laicização”); b) determinar fontes específicas, objetivas e autorizadas do direito, as quais estabeleçam um nível adequado de segurança e estabilidade na definição e aplicação do direito.

Assim, o primeiro sentido da tese da separação entre direito e moral é aquele que pretende conferir autoridade ao direito estabelecido pelos homens, pela sociedade política, ainda que John Austin, em sua classificação das leis, admita a lei de Deus e a lei positiva, e possa admitir que a lei positiva, no fundo, seja um desígnio de Deus,

visando à felicidade dos homens via princípio da utilidade. Entretanto, o próprio Austin afirma que o direito posto (lei positiva) não pode deixar de ser aplicado se for injusto. Na prática dos tribunais, é irrelevante ou sem fundamento alegar o direito natural ou a falta de justiça da lei para deixar de aplicá-la <sup>294</sup>. Este é um dos primeiros argumentos específicos (dentro da filosofia do direito) a respeito do afastamento entre direito positivo e direito natural. É fundamental utilizar Austin neste ponto devido à sua classificação das leis contemplando a lei de Deus e qual a sua argumentação para o início da tese da separação.

É sabido que Austin é discípulo de Bentham e suas teses são bastante parecidas (inclusive no título das obras), mas Austin mantém esta admissão e referência à divindade. Bentham é mais contundente na crítica ao direito natural e são famosas suas frases acusando o direito natural de “sem sentido”, “nonsense”, “absurdo”. Conforme Hart, Bentham foi, no mundo anglo saxão, um dos pioneiros de uma “teoria imperativa do direito” fundada em dois pilares: a) o direito é fundado na sanção, a possibilidade de coerção em caso de descumprimento; b) a separação entre direito e moral. Sabe-se, também que Hart rearticulou toda esta perspectiva revendo e criticando, inicialmente, o primeiro pilar e, posteriormente, adequando os termos do segundo pilar.

Atualmente, os próprios positivistas (principalmente, os “duros”) não mantêm o dogma de afastamento entre direito positivo e direito natural. Primeiro, porque um conjunto de princípios do direito natural foi incorporado pelo direito positivo e, segundo, porque o direito natural evoluiu estabelecendo uma série de características que devem ser observadas pelo direito (Lon Fuller e John Finnis). Para estes positivistas, não há problema em admitir isso. Joseph Raz, um grande representante do positivismo jurídico exclusivo (“duro”) afirma categoricamente que sua abordagem do positivismo não significa um afastamento de determinadas pretensões do direito natural <sup>295</sup>. Jeremy Waldron, p.ex., afirma que o conflito/dilema positivismo jurídico x direito natural é um ranço histórico ultrapassado <sup>296</sup>. Neil MacCormick também postulava a revisão do

---

<sup>294</sup> AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1998 (original: 1832), p.185.

<sup>295</sup> RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 1979, p. 39.

<sup>296</sup> WALDRON, Jeremy. Normative (or ethical) positivism. In: COLEMAN, Jules (Ed.). *Hart's Postscript Essays*: New York: OUP, 2001, p.411-433.

aparente e clássico dilema, defendendo e nominando a sua teoria de “pós-positivismo” ou uma “ética do legalismo”<sup>297</sup>.

Observando a evolução da filosofia do direito e as bases do positivismo jurídico, conclui-se que a tese de separação não é uma tese independente. Ela não sobrevive autonomamente. Ao contrário, ela está ligada à tese das fontes. A tese da separação entre direito e moral somente poderia sobreviver como uma subtese e sob algumas condições. A chave para entendermos o positivismo jurídico está na tese das fontes (Joseph Raz). O que é efetivamente a tese das fontes do direito? Esta tese afirma que o direito é originado por fontes sociais autorizadas. O que são fontes sociais autorizadas? São fontes aceitas, definidas e aplicadas como direito em uma determinada sociedade política. As principais fontes autorizadas são a legislativa e a judiciária. A produção do direito é regulada por instituições definidas na Constituição. Lembrando Kelsen, o direito regula a sua própria criação e esta criação deriva de duas instituições: o legislativo e o judiciário. Os positivistas jurídicos tradicionais, como Kelsen e Hart, buscavam, também, uma espécie de critério último de conhecimento ou justificação do direito: uma norma fundamental ou regra de reconhecimento. A norma fundamental de Kelsen afirma que “devemos obedecer a Constituição original” levando o critério para o início da cadeia de validade do direito. Enquanto Hart diz que a regra de reconhecimento refere-se a costumes, legislação e precedente. É extremamente difícil negar que Kelsen e Hart tenham fechado os olhos para a origem do direito estatal. Kelsen preocupa-se com a Constituição original, a primeira Constituição. O que temos em uma situação como esta? Temos uma assembleia de homens deliberando sobre a primeira Constituição (uma assembleia constituinte). É uma espécie de primeiro parlamento de uma determinada sociedade política. Esta primeira Constituição cria e organiza os poderes de criação e aplicação do direito. Como serão estruturados o Legislativo e o Judiciário a partir daquele momento.

Se questionarmos a origem, a legitimidade e a justificativa das primeiras assembleias criadoras do direito, estaremos rumando para uma análise de filosofia política ou de ciência política. Análise esta que demanda outro tipo de tese, mas que, deve-se dizer, tem uma tradição forte na filosofia.

Para a nossa finalidade, fazemos menção a este tema porque os clássicos do positivismo jurídico o fazem e porque dali parte o que passou a ser chamado “tese das

---

<sup>297</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Tradução Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro, Elsevier, p.9.

fontes”. Sem questionar as origens e justificativas das origens do direito, podemos afirmar que a primeira assembleia constituinte cria e estrutura as fontes institucionais e autorizadas do direito. A moral e a política podem estar na origem do direito e estabelecerem as mais variadas relações com o direito, mas, após a criação e estruturação das fontes institucionais e autorizadas do direito, há a suspensão ou o afastamento dos debates sobre a moralidade. A controvérsia e a pluralidade moral são afastadas do direito posto. “Suspensão” ou “afastamento” no sentido de que a existência e a validade do direito precisam de critérios objetivos e públicos e não sujeitos a incessantes e sucessivos debates. Joseph Raz apresenta e contrapõe os estágios deliberativo e executivo para a criação e aplicação do direito.

Neste sentido que se revela a proposição do positivismo jurídico (LP): “o direito de uma sociedade é definido pelas suas fontes e não por seus méritos (valores)” (LP de John Gardner). Aqui, a palavra “mérito” é usada em referência a conceitos morais como justiça, razoabilidade e equidade. “Mérito” é uma palavra que soa estranha neste contexto, mas, provavelmente seja herança da famosa passagem de Austin: “o direito é o direito independentemente do seu mérito ou demérito”. Austin estava criticando o direito natural do período: século XIX. O direito natural não é motivo ou justificativa para desfazer uma lei ou direito. Assim, a tese da separação entre direito e moral depende da tese das fontes e, inicialmente, a moral referida era a moral do direito natural: seja a moral referente a uma ideia de justiça, seja, também, uma moral religiosa.

A tese da separação entre direito e moral não é, portanto, uma tese autônoma do positivismo jurídico. Ela é, no máximo, uma subtese dependente da tese das fontes.

Há décadas, um conjunto de estudos e autores vem propondo uma alternativa ao positivismo jurídico. Aponta-se um esgotamento e pretende-se uma superação desta influente teoria da filosofia do direito. Este esgotamento aparece tanto, por exemplo, em uma obra de fôlego sobre as revoluções históricas que vieram a formar os sistemas jurídicos (*Direito e Revolução*<sup>298</sup>), como no interior da própria filosofia do direito.

Antes de defender ou não o positivismo jurídico, é fácil perceber isso: há décadas, aponta-se o esgotamento do positivismo jurídico e propõem-se alternativas. Alguns autores, nos últimos anos propuseram, p.ex., o rótulo “pós-positivismo” (Albert Calsamiglia; Neil MacCormick) ou “neoconstitucionalismo” para o que seria uma nova

---

<sup>298</sup> BERMAN, Harold J. *Direito e revolução*. A formação da tradição jurídica ocidental. Tradução de Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

teoria do direito que combinaria positivismo jurídico e jusnaturalismo, principalmente no que diz respeito à influência moral dos princípios contidos nas Constituições.

O problema destes rótulos com os prefixos “pós” e “neo” é o mesmo: parecem indicar que estamos no fim da história. Ora, não virá nada depois deste “pós” ou “neo”? E se vier, será o “pós-pós” ou o “neo-neo”? O mais correto é evitar definir a suposta nova teoria do direito com estes prefixos.

Entretanto, é preciso pontuar algumas tendências fortes no panorama: a) não deve ocorrer um abandono simples do positivismo jurídico devido aos caracteres essenciais dos sistemas jurídicos: um conjunto de regras estabelecidos por alguns poderes e impostos por sanções. Quem fala de direito, fala destes aspectos. Estes aspectos ou caracteres são os que tendem a permanecer em qualquer definição de direito ao longo do tempo. Além disso, devido ao tempo e influência, algumas contribuições do positivismo jurídico não serão simplesmente abandonadas como, p.ex., as relativas a conceitos básicos aplicados no direito e ao ordenamento jurídico: vigência, revogação, coerência (resolução de antinomias) e completude (resolução de lacunas) do ordenamento jurídico; b) por outro lado, há uma revisão necessária a ser feita em relação às teses fundamentais do positivismo jurídico: a tese das fontes sociais do direito e a tese da separação entre direito e moral. Ficou claro, ao longo do tempo, para os próprios positivistas, que falar, de modo geral, em separação entre direito e moral não é correto; c) estes momentos de transição, de crise e tentativa de estabelecimento de um novo panorama são longos, são processos históricos e conceituais que são decantados a partir de muitos debates teóricos em várias áreas do conhecimento. Assim, se for o caso de nomear o panorama, propomos utilizar “transpositivismo”. O prefixo “trans” ao mesmo tempo em que pode indicar o “movimento de transição”, significa “além de”. “Transpositivismo jurídico” é uma teoria da filosofia do direito que, de um lado, aceita as contribuições do positivismo jurídico referentes aos caracteres essenciais e permanentes do direito quanto ao conceito de direito e quanto ao ordenamento jurídico e, por outro, pretende rever ou colocar em termos adequados as relações entre direito e moral ou entre direito positivo e direito natural.

Por fim, conforme os argumentos do positivismo jurídico exclusivo, principalmente a tese da diferença prática, optamos pela melhor formulação que consta no título desta tese: a **diferenciação** entre direito e moral a partir da tese das fontes. A diferenciação entre direito e moral é uma construção bastante útil dos positivistas

jurídicos e os argumentos do principal opositor, como ele mesmo admite, são para colocar o direito como parte da moral e não para diferenciá-lo <sup>299</sup>.

---

<sup>299</sup> DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.51.

## REFERÊNCIAS

- AARNIO, Aulis. *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*. Dordrech: D. Reidel Publishing Company, 1987.
- ADLER, Matthew D. and HIMMA, Kenneth Einar (ed.). *The rule of recognition and the U.S. Constitution*. New York: Oxford University Press, 2009.
- ALCHOURRÓN, Carlos E., BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1987.
- ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. Contra o Pós-Positivismo: Breve ensaio sobre o conteúdo e a importância teórica do positivismo jurídico. In: *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano 1 (2012), nº 11, p.6474-6479. Disponível em: <http://www.cidp.pt/revistas/ridb>. Acesso em 02 de fevereiro de 2017.
- \_\_\_\_\_. *Do fato à legalidade: introdução à teoria analítica do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- AQUINO, Santo Tomás de. *Escritos Políticos de Santo Tomás de Aquino*. Tradução de Francisco Benjamin de Souza Neto. Petrópolis: Vozes, 2011.
- ARAUJO, Marcelo de. Moralidade positiva e moralidade crítica. In: *Veritas*. Porto Alegre, v.60, n.1, jan-abr.2015, p.148-166.
- ARENDT, Hannah. *Da revolução*. Trad. de Fernando Vieira. São Paulo e Brasília: Ática e Ed. UnB, 1988.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução do grego de Antonio de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009.
- ARTOSI, Alberto; PIERI, Bernardo; SARTOR, Giovanni (Editors). *Leibniz: Logico-Philosophical Puzzles in the Law*. Philosophical Questions and Perplexing Cases in the Law. Dordrecht Heidelberg New York London: Springer Science+Business Media Dordrecht, 2013.
- AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1998 (Original de 1832).
- \_\_\_\_\_. *Lectures on jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*. (The Student's Edition) London: John Murray, Albemarle Street, 1880.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Editora Unisinos e Renovar, 2006.

BENTHAM, Jeremy. *An introduction to principles of morals and legislation*. New York: Dover Publications, 2007. (Original de 1789).

\_\_\_\_\_. *Works of Jeremy Bentham, volume II: Anarchical Fallacies*. Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/titles/1920>. Acesso em 07 de julho de 2015, p.500-501.

BERMAN, Harold J. *Direito e revolução*. A formação da tradição jurídica ocidental. Tradução de Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Trad. de Maria Celeste Leite Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Ed. UnB, 1999.

\_\_\_\_\_. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia do direito. Trad. de Marcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_. *Locke e o direito natural*. Trad. de Sérgio Bath. Brasília: Ed.UnB, 1998.

\_\_\_\_\_. *Thomas Hobbes*. 4.ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

\_\_\_\_\_. *Teoria da norma jurídica*. 5. ed. Trad. Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. São Paulo: EDIPRO, 2014.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral da política*. A filosofia política e as lições dos clássicos. Trad. De Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

\_\_\_\_\_. *Direito e poder*. Tradução Nilson Moulin. São Paulo: Ed.UNESP, 2008.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O Direito e a incerteza de suas fontes: um problema em aberto para a dogmática jurídica contemporânea. In: *Rev. Fac. Direito UFMG*, Número Especial: Jornadas Jurídicas Brasil-Canadá, pp. 299 - 325, 2013.

CAMPBELL, Tom. *Prescriptive legal positivism: Law, rights and democracy*. UCL Press: Londres, 2004.

CELANO, Bruno. Normative legal positivism, neutrality, and the Rule of Law. (August 1, 2010). In: Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1748408> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1748408>

COLEMAN Jules L. and LEITER, Brian. Legal Positivism. In: PATERSON, Dennis. *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. 2.ed. Singapore: Blackwell Publishing, 2010, p.228.

COLEMAN, Jules. Incorporationism, Conventionality and the Practical Difference Thesis. In: COLEMAN, Jules (Ed.). *Hart's Postscript*. Essays on The Postscript to the Concept of Law. New York: Oxford University Press, 2001, p.99-148.

\_\_\_\_\_. *Markets, Morals and Law*. Oxford: OUP, 1998.

- CONKLIN, William. *The invisible origins of legal positivism*. Springer Science+Business Media Dordrecht, 2001.
- DERATHÉ, Robert. *Jean-Jacques Rousseau e a ciência política do seu tempo*. Tradução de Natalia Maruyama. São Paulo: Editora Barcarolla e Discurso Editorial, 2009.
- DEVLIN, Patrick. *The Enforcement of Morals*. New York: Oxford University Press, 1972.
- DICKSON, Julie. *Evaluation and legal theory*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2001.
- DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.
- DIMOULIS, Dimitri e DUARTE, Écio Oto. *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- \_\_\_\_\_. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- \_\_\_\_\_. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução Marcelo Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- \_\_\_\_\_. *A justiça de toga*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Tradução de Leila Mendes. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007.
- FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. New Haven and London: Yale University Press, 1969.
- GARDNER, J. Legal Positivism: 5 1/2 Myths. In: *The American Journal of Jurisprudence*. nº 46, p.199-227, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Law as leap of faith: essays on law in general*. New York: OUP, 2012.
- GREEN, Leslie. The Morality in Law. In: *Legal Research Paper Series*. February 2013. Disponível em: <http://www.ssrn.com/link/oxford-legal-studies.html>.
- \_\_\_\_\_. Legal positivism. In: *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em <http://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/>.

\_\_\_\_\_. Positivism and the inseparability of Law and Morals. In: *New York University Law Review*, Forthcoming; Oxford Legal Studies Research Paper No. 15/2008. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1136374>.

GUTHRIE, W.K.C. *Os sofistas*. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1995.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Tradução de Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. V.1

HART, Herbert L.A. *The Concept of Law*. 2.ed. With a Postscript edited by Penelope Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Oxford University Press, 1994.

\_\_\_\_\_. *The Concept of Law*. 3.ed. With a Postscript edited by Penelope Bulloch and Joseph Raz and with an Introduction and Notes by Leslie Green. Oxford: Oxford University Press, 2012.

\_\_\_\_\_. *O Conceito de Direito*. 5.ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

\_\_\_\_\_. *Law, Liberty and Morality*. Oxford University Press, Londres, 1982.

\_\_\_\_\_. *Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia*. Tradução José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

\_\_\_\_\_. O Positivismo e a Separação entre o Direito e a Moral. In: *Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia*. Tradução José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.53-96.

\_\_\_\_\_. *Essays on Bentham*. Studies in jurisprudence and political theory. New York: Oxford University Press, 2001.

\_\_\_\_\_. Are there any natural rights? In: *The Philosophical Review*, vol.64, nº 2, April 1955, p.175-191.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*, ou, Matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil. Tradução João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. *Diálogo entre um filósofo e um jurista*. 2.ed. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2004.

KANT, Immanuel. *Introdução ao estudo do direito: doutrina do direito*. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2007.

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2.ed. Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1992.

\_\_\_\_\_. *Pure Theory of Law*. Tradução de Max Knight. Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange, 2005.

\_\_\_\_\_. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

\_\_\_\_\_. *Introduction to the problems of legal theory*. A translation of first edition of the *Reine Rechtslehre* or Pure Theory of Law. Tradução e introdução de Stanley Paulson e Bonnie Paulson. Oxford: OUP, 2002.

LEITER, Brian. The demarcation problem in jurisprudence: a new case for skepticism. In: *Oxford J Legal Studies* (2011) doi: 10.1093/ojls/gqr020. First published online: August 23, 2011.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldea Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. *Retórica e o Estado de Direito*. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Verissimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

\_\_\_\_\_. *H.L.A.Hart*. Tradução de Claudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MACCORMICK, Neil. Natural Law and the separation of Law and Morals. In: GEORGE, Robert (Ed.). *Natural Law Theory*. Contemporary Essays. New York: OUP, 1992, p.105-133.

MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. *An Institutional Theory of Law*. New approaches of legal positivism. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1986.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia*. Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARANHÃO, Juliano. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

MARCONDES, Danilo; STRUCHINER, Noel. *Textos básicos de filosofia do direito: de Platão a Frederick Schauer*. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

MARMOR, Andrei. *Law positive and objective values*. New York: Oxford University Press, 2001.

MARMOR, Andrei (Ed.). *Direito e interpretação*. Ensaios de filosofia do direito. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MELLO, Claudio Ari. *Kant e a dignidade da legislação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MICHELON JUNIOR, Claudio Fortunato. *Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito*. São Paulo: RT, 2004.

MICHELON JUNIOR, Claudio Fortunato. Direito e moralidade. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Ed.UNISINOS e Renovar, 2006, págs. 236-237.

MILL, John Stuart. *A liberdade/Utilitarismo*. Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*. 2 ed. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

MURDOCH, Iris. *The Sovereignty of Good*. London and New York: Routledge, 2001.

NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. 2.ed. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: Lamparina, 2015.

NINO, Carlos Santiago. *Ética e Direitos Humanos*. Tradução de Nélio Schneider. São Leopoldo: Ed.UNISINOS, 2011.

PATERSON, Dennis. *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. 2. ed. Singapore: Blackwell Publishing, 2010.

PAULSON, Stanley L. A ideia central do positivismo jurídico. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte n. 102, pp. 101-137, jan./jun. 2011.

PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*. Dordrecht Heidelberg New York London: Springer Science+Business Media Dordrecht, 2008.

PERRY, Stephen. Hart's methodological positivism. In: COLEMAN, Jules (Ed.). *Hart's Postscript. Essays on The Postscript to the Concept of Law*. New York: Oxford University Press, 2001, p.311-354.

\_\_\_\_\_. Interpretação e metodologia na teoria jurídica. In: MARMOR, Andrei (Ed.). *Direito e interpretação. Ensaio de filosofia do direito*. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.145-204.

PERUZZO JUNIOR, Leo e PABLOS, Mayara. Wittgenstein e Hart: regras de reconhecimento, normatividade e indeterminação do direito. In: DALL'AGNOL, Darlei; FARTURI, Arturo e SATTLER, Janyne (orgs). *Wittgenstein em retrospectiva*. Florianópolis: Ed.UFSC, 2012, p.191-203.

PLATÃO. *A República*. 8. ed. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

PRIEL, Danny. *Farewell to the exclusive-inclusive debate*. *Oxford J Legal Studies* (Winter 2005) 25 (4): 675-696.

RACHELS, James; RACHELS, Stuart. *Os elementos da filosofia moral*. 7.ed. Tradução de Delamar Volpato Dutra. Porto Alegre: AMGH, 2013.

RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 1979.

\_\_\_\_\_. *Practical Reason and Norms*. New York: OUP, 1999.

\_\_\_\_\_. *Ethics in the public domain*. Essays in the morality of Law and politics. New York: OUP, 1995.

\_\_\_\_\_. *O conceito de sistema jurídico*. Uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. Trad. de Maria Cecília Almeida. São Paulo: Editora WMF, 2012.

\_\_\_\_\_. *The Morality of freedom*. New York: OUP, 1986.

\_\_\_\_\_. *Razão Prática e Normas*. Tradução José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

\_\_\_\_\_. *Between authority and interpretation*. On the Theory of Law and Practical Reason. New York: OUP, 2009.

ROBLES, Gregorio. *As regras do direito e as regras dos jogos*. Ensaio sobre a teoria analítica do direito. Trad. de Pollyana Mayer. São Paulo: Noeses, 2011.

ROMILLY, Jacqueline de. *La ley en Grecia clásica*. Tradução de Gustavo Potente. Buenos Aires: Biblos, 2004.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. 2. ed. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2007.

\_\_\_\_\_. *Teoría de las fuentes del derecho*. (Una contribución a La teoría del derecho sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas). Tradução de Jose Luis Simon, Aurélio Garcia e Pablo Pietsch. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2007.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

\_\_\_\_\_. *The force of law*. Cambridge and London: Harvard University Press, 2015.

SEARLE, John. *Actos de habla*. Ensaio de filosofia del lenguaje. Tradução de Luis Valdez Villanueva. Barcelona: Editorial Planeta Agostini, 1994.

SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge, Massachusetts, London, England: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

\_\_\_\_\_. On Hart's way out. In: COLEMAN, Jules (Ed.). *Hart's Postscript*. Essays on The Postscript to the Concept of Law. New York: Oxford University Press, 2001, p.149-192.

\_\_\_\_\_. The "Hart-Dworkin" Debate: A Short Guide For The Perplexed. In: *Michigan Law. Public Law And Legal Theory*. Working Paper Series Working Paper n° 77 March 2007.

SHAPIRO, Ian. *Os fundamentos morais da política*. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SICHES, Recaséns. *Introducion al estudio del derecho*. 12.ed. Ed. Porrúa: México, 1997.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. Título original: *Qu'est-ce que le Tiers État*.

STRUCHINER, Noel. *Para falar de regras*. O positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese de Doutorado em Filosofia da PUC-Rio. Rio de Janeiro: 2005.

TAMANAH, Brian. *Law as a Means to an End*. Threat to the Rule of Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

TIMMONS, Mark. *Moral Theory*. 2.ed. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2013.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. Normative (or ethical) positivism. In: COLEMAN, Jules (Ed.). *Hart's Postscript Essays*: New York: OUP, 2001, p.411-433.

\_\_\_\_\_. *Law and Disagreement*. New York: OUP, 1999.

WALUCHOW, W.J. *Inclusive legal positivism*. New York: Oxford University Press, 1994.