

NEOPOSITIVISMOS: NOVAS IDÉIAS SOBRE UMA ANTIGA TESE.

Rodrigo de Souza Tavares*

RESUMO

É recorrente no debate brasileiro sobre a teoria do direito a afirmação de que o positivismo jurídico teria esgotado sua capacidade descritiva dos ordenamentos jurídicos desde a consolidação na maior parte do mundo do modelo de Estado Constitucional. O argumento principal nesse sentido diz respeito à incompatibilidade entre uma das principais teses positivistas, a tese da separação entre o direito e a moral, e a existência nas constituições modernas de princípios consubstanciadores de padrões éticos. O presente artigo visa demonstrar que a adoção *tout court* desse argumento desconsidera os últimos desenvolvimentos do positivismo jurídico, surgidos da adaptação às intensas críticas desferidas contra tal teoria desde meados do séc. XX. Através de uma exposição sintética de novas vertentes do positivismo jurídico, surgidas, sobretudo, em paralelo ao famoso debate Hart-Dworkin, pretende-se demonstrar que a tese da separação entre o direito e a moral ainda mostra uma vitalidade negligenciada no cenário brasileiro da teoria do direito.

PALAVRAS CHAVES

POSITIVISMO JURÍDICO; SEPARAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL; CRÍTICA; NEOPOSITIVISMOS; POSITIVISMO INCLUSIVO; POSITIVISMO EXCLUSIVO; POSITIVISMO ÉTICO.

ABSTRACT

It is usual in the Brazilian debate on legal theory the affirmation of that legal positivism would have depleted its descriptive capacity of the legal systems since the consolidation in the most part of the world of the model of Constitutional State. The main argument in this direction says respect to the incompatibility of one of the main positivist tenets, the

* Mestrando em Direito pela UGF. Professor de Filosofia do Direito e Processo Civil na mesma instituição.

thesis of the separation between law and moral, and the existence in the modern constitutions of principles reflecting ethical standards. The present article aims to demonstrate that the adoption *tout court* of this argument disrespects the last developments of the legal positivism, appeared of the adaptation to intense critical ones brandished against such theory since middle of séc. XX. Through a synthetic exposition of new sources of the legal positivism, appeared, over all, in parallel to the famous Hart-Dworkin debate, it is intended to demonstrate that the thesis of the separation between law and moral still shows a vitality neglected in the Brazilian scene of legal theory.

KEYWORDS

LEGAL POSITIVISM; SEPARATION BETWEEN LAW AND MORAL; CRITICS; NEW LEGAL POSITIVISM; INCLUSIVE LEGAL POSITIVISM; EXCLUSIVE LEGAL POSITIVISM; ETHICAL POSITIVISM.

Foi num sábado, às seis horas da manhã, que morri, após três dias de enfermidade. (...) Mas porque então eu tenho consciência de tudo que me cerca? Não! Eu não posso estar morto! Eu vejo, eu ouço! Vocês me entendem?! Meu Deus, Não me enterrem!

(Émile Zola, A morte de Olivier Bécaille)

1. Introdução: enterrando viva uma idéia.

Um tema recorrente no atual debate jusfilosófico brasileiro é a falência do positivismo jurídico como proposta descritiva da prática jurídica nos Estados Constitucionais hodiernos. Nas palavras dos críticos: *o positivismo deixou de ser uma forma adequada de compreender o direito*¹; ou ainda: (...) *com o tempo, o positivismo*

¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 8.

*sujeitou-se à crítica crescente e severa, vinda de diversas procedências, até sofrer dramática derrota histórica*².

Os opositores do positivismo argumentam que a presença nas constituições contemporâneas de princípios que implicam em argumentação moral no momento de sua adjudicação torna inviável a sustentação da tese da separação entre o direito e a moral, pilar central da teoria juspositivista. Como alternativa, os constitucionalistas e teóricos brasileiros tem se socorrido amplamente de autores como Alexy e Dworkin, que defendem a tese da conexão necessária entre o direito e a moral. A literatura jurídica pátria tem sido prolífica na abordagem antipositivista, com extenso número de citações das categorias do pós-positivismo³ e do neoconstitucionalismo^{4 5}.

² BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>>. Acesso em: 03 ago. 2007.

³ O termo foi difundido no Brasil a partir da leitura do trabalho de Albert Calsamiglia (Postpositivismo. **DOXA**, 21, nº 1, p. 209-220, 1998.), sendo hoje corrente entre nós. Ver por exemplo: BARROSO, Luís Roberto. *op. cit., passim*. BUSTAMANTE, Thomas de Rosa de. Pós-positivismo: o argumento da injustiça além da fórmula de Radbruch. In: **Revista de Direito do Estado**. nº 4, Rio de Janeiro: Renovar, pp. 199-230, out/dez 2006. Para uma lúcida crítica do conceito e do seu uso entre nós ver: DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico político**. São Paulo: Método, pp. 45-63, 2006.

⁴ Esse termo, também amplamente difundido em nosso país, é oriundo da Espanha e Itália. A literatura nacional sobre o tema é influenciada principalmente pela obra organizada por Miguel Carbonell (**NEOCONSTITUCIONALISMO(S)**). Madrid: Trotta, 2003).

⁵ Ambos os termos são usados no Brasil como sinônimo do agrupamento de autores em torno de propostas antipositivistas. Ocorre que o neoconstitucionalismo não pode ser tomado como sinônimo de pós-positivismo, pois o último abarca apenas teorias antipositivistas, tais como as de Alexy e Dworkin, enquanto que o primeiro reúne propostas antipositivistas ao lado de abordagens positivistas mais modernas (que discutiremos mais adiante neste artigo). Essa afirmação fica clara se compararmos duas definições do termo neoconstitucionalismo: uma retirada de uma obra italiana outra de uma obra nacional, respectivamente.

a) *O termo ‘neoconstitucionalismo’ denota mais uma atmosfera que uma concepção de direito unitária, coerente e bem estruturada. De fato, teorias de direito muito diversas entre si, pertencentes a tradições de investigação até pouco consideradas antitéticas, são rotuladas como “neoconstitucionalistas”. Por exemplo, são freqüentemente atreladas ao neoconstitucionalismo as teorias do direito neo-pós-juspositivistas de Carlos Santiago Nino, Wilfrid Waluchow e Luigi Ferrajoli; as teorias declaradamente antipositivistas de Ronald Dworkin, Robert Alexy e Gustavo Zagrebelsky; e a hermenêutica jurídica contemporânea.* (SCHIAVELLO, Aldo. Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi? **Diritto e Questioni Pubbliche**, nº 3. Palermo. 2003. Disponível em: <<http://www.dirittoequestionipubbliche.org>> Acesso em 08 de agosto de 2006.

b) *O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de idéias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo.* (BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: RT, v. 240, 2005, p. 1-42.)

Parece-nos que essa imprecisão conceitual não tem prosperado. Trabalhos recentes que abordam o tema do neoconstitucionalismo no Brasil (incluindo nossa contribuição e a de outros autores desta obra) fazem menção à reunião de teorias positivistas e antipositivistas sob esse rótulo. Ver por exemplo:

O positivismo jurídico também é freqüentemente associado à ascensão de regimes totalitários na Europa, como o fascismo e o nazismo. E sua decadência é emblematicamente associada à derrota desses odiosos regimes políticos⁶.

Em resumo, a palavra de ordem na teoria brasileira do direito é “a superação do positivismo jurídico”. Apenas para ilustrar o argumento, foram encontrados 286 resultados em resposta a busca por esta expressão, na ferramenta de pesquisa *Google* na Internet, enquanto que as expressões “defesa, sustentação, viabilidade e compatibilidade do positivismo jurídico” somaram ao todo 6 resultados⁷. Com esse panorama, poderíamos concluir que o positivismo jurídico é uma teoria moribunda e esgotada que não atende mais aos imperativos de descrição dos ordenamentos jurídicos modernos e ainda é indesejável do ponto de vista político. Por consequência, a tese da separação entre o direito e a moral (um estandarte positivista) estaria fadada a permanecer como objeto de estudo apenas na história das idéias jurídicas, com *status* de peça de museu a figurar nos intróitos dos escritos que reproduzem o discurso pós-positivista.

Contudo, pretendemos demonstrar neste artigo que essa constatação pode estar equivocada e admiti-la sem reflexão equivale a “enterrar viva” uma proposta teórica que está em pleno vigor no debate jusfilosófico contemporâneo. Essa visão caricatural do positivismo apresentada pela crítica brasileira exclui (convenientemente) do campo de visão um amplo espectro de teorias que se desenvolveram desde o último quarto do séc. XX até os dias de hoje, notadamente a partir da publicação do posfácio à obra “O Conceito de Direito” de Herbert Hart⁸. Existe uma extensa bibliografia sobre o

BELLO, E. Neoconstitucionalismo, Democracia Deliberativa e a atuação do STF. In: José Ribas Vieira. (Org.). **Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 3-36. DUARTE, E. O. R. POZZOLO, S. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico*. São Paulo: Landy, 2006. TAVARES, R. S. Neoconstitucionalismo e positivismo inclusivo: uma análise sobre a reformulação da teoria do positivismo jurídico hartiano. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 11, p. 1418, 2007.

⁶ Esse argumento defendido após o fim da segunda guerra mundial por autores como Radbruch e Fuller, foi detidamente combatido por Herbert Hart. Estranhamente, essa discussão só é abordada superficialmente na doutrina brasileira, com nítido cunho retórico, sem alusão aos argumentos trazidos pelas duas partes. Para uma visão mais fidedigna desse diálogo ver: HART, H. L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals. **Harvard Law Review**. n° 71, 1958, pp. 593-629. FÜLLER, L. Positivism and Fidelity to Law: a reply to professor Hart. **Harvard Law Review**. n° 71, 1958, pp. 631-672. Na literatura jurídica brasileira contamos com detalhado inventário sobre o tema em DIMITRI, D. *op. cit.* pp. 257-270.

⁷ Pesquisa realizada em 04 de agosto de 2007.

⁸ A obra seminal de Hart, publicada primeiramente em 1961, ganhou novo alento com a publicação póstuma de um pós-escrito editado por Joseph Raz e Penélope A. Buloch. Ver a tradução portuguesa: HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

positivismo publicada por autores Norte-Americanos⁹, Ingleses¹⁰, Australianos¹¹, Canadenses¹², Espanhóis¹³, Italianos¹⁴, Chilenos¹⁵, Poloneses¹⁶, etc., que pouco é mencionada entre nós.

Acreditamos que aqueles que se dedicam ao estudo da teoria do direito têm o dever de examinar, de maneira franca e racional, todos os lados das polêmicas que envolvem o campo. O presente artigo visa, através de uma exposição sintética de algumas correntes positivistas atuais, mostrar a relevância em ainda insistirmos na discussão da tese da separação entre direito e moral, antes de decidirmos jogar ou não uma pá de cal sobre a questão.

2. Neopositivismo(s): algumas variações contemporâneas sobre a tese da separação entre o direito e a moral.

Em primeiro lugar, devemos esclarecer que um dos maiores obstáculos para a compreensão fiel do positivismo jurídico se encontra na multiplicidade de teses esboçadas sob esse mesmo rótulo¹⁷. Seus críticos costumam fazer coro contra “o” positivismo jurídico quando na verdade existe uma plêiade de teses distintas contidas nessa designação. Obviamente, existe um núcleo central de crenças que justifica o enquadramento de pensamentos tão distintos como os de Bentham, Kelsen, Hart, Raz e Coleman sob um mesmo rótulo, mas a variedade de posições defendidas por eles impede qualquer análise que obscureça suas idiossincrasias.

⁹ COLEMAN, J. L. **The Practice of Principle: in defense of a pragmatist approach to legal theory**. New York: Oxford University Press, 2001.

¹⁰ RAZ, Joseph. **The Authority of Law: Essays on law and morality**. New York: Oxford University Press, 1979.

¹¹ CAMPBELL, T. El sentido del Positivismo Jurídico. **Doxa**, nº 25, 2002, pp. 303-31.

¹² WALUCHOW, W. J. The Many Faces of Legal Positivism. **University of Toronto Law Journal**, Vol. 48, N. 3, 1998.

¹³ MORESO, J. J. In defense of Inclusive Legal Positivism. **The Legal Ought**. Turim: Giappichelli, 2001.

¹⁴ POZZOLO, S. Neocostituzionalismo e Positivismo Giuridico. Turim: Giappichelli, 2001.

¹⁵ ATRIA, F. La Ironía del Positivismo Jurídico. **Doxa**, nº 27, 2004, pp. 83-139.

¹⁶ STUDNICKI, T. S. PIETRZYKOWSKI, T. Positivismo Blando y la Distinción entre el Derecho y la Moral. **Doxa**, nº 27, 2004, pp. 63-79.

¹⁷ No mesmo sentido: WALUCHOW. *op. cit.*, p.2. “A Etiqueta ‘positivismo jurídico’ é entendida em tantas formas distintas que se torna quase sem sentido falar de positivismo jurídico sem afirmar precisamente o sentido no qual se emprega o termo, o tipo de positivismo jurídico que se tem em mente. Talvez seja o tempo de parar de se referir ao ‘positivismo jurídico’ *per se*, e se dizer ao invés sobre a variedade de formas de positivismo jurídico.”. (tradução livre)

A maneira mais fácil de apresentar as diferentes vertentes do positivismo é começando por uma simplificação de algumas de suas teses básicas:

I. *A Tese das fontes sociais*: A existência do direito numa determinada sociedade depende de um conjunto de fatos sociais, ou seja, de práticas ou ações realizadas por membros da sociedade.

II. *A tese da Separação*: A validade jurídica de uma norma (i.e. o fato de que tal norma pertence a certo sistema jurídico) não requer sua validade moral, e, paralelamente, a validade moral de uma norma não se funda em sua validade jurídica.

III. *A tese da discricionariedade*: Normas jurídicas válidas não regulam claramente todos os comportamentos. Dessa forma, quando a lei aplicável a um caso é indeterminada, os juízes detêm um poder discricionário para criar a norma individual que dirá o que deve ser feito no caso concreto.

O elemento de ligação entre as várias correntes do positivismo jurídico, ou seja, o que justifica a existência do rótulo, é a crença de que a validade de uma norma jurídica deve ser vista em referência a práticas humanas. Ou seja, o direito é o direito positivado, um artefato social criado por ações humanas (a chamada tese das fontes sociais do direito)¹⁸. As várias divisões internas do positivismo jurídico correspondem a distintas leituras dessas teses básicas, ou da adição/subtração de outras teses nesse núcleo central de reivindicações¹⁹.

¹⁸ Ver: RAZ, Joseph. *op. cit.* p. 38.

¹⁹ Por exemplo, alguns positivistas como Joseph Raz, Scott Shapiro e, para alguns, Herbert Hart, defendem a chamada 'tese da diferença prática'. Ela consiste, grosseiramente, na afirmação de que o direito deve ser capaz de influenciar na deliberação prática humana provendo aos agentes razões para agir. Existe uma grande polêmica que divide positivistas inclusivos e exclusivos (correntes que serão explicitadas adiante) sobre a compatibilidade dessa asserção com a 'tese do incorporacionismo' (também explicada mais adiante). Ver: COLEMAN, J. Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis. **Hart's Postscript: essays on the postscript to the *Concept of Law***. New York: Oxford University Press, 2001, pp.99-147. SHAPIRO, S. J. On Hart's Way Out. **Hart's Postscript: essays on the postscript to the *Concept of Law***. New York: Oxford University Press, 2001, pp.149-91. HIMMA, K. E. H.L.A. Hart and the Practical Difference Thesis. **Legal Theory**, vol. 6, nº. 1, Mar. 2000, pp. 1-43.

Iremos focalizar algumas leituras contemporâneas sobre a tese da separação entre o direito e a moral (daqui por diante chamada TS). Essas várias interpretações foram impulsionadas pelo debate Hart-Dworkin e resultaram numa rica desavença no seio da teoria juspositivista. Essa ‘disputa de família’, como jocosamente foi intitulada a divisão interna do positivismo²⁰, deu origem a correntes que agrupamos aqui sob a denominação abrangente de ‘neopositivismo jurídico’.

Esse termo (tradução da expressão ‘New Legal Positivism’) foi desenvolvido por Anthony J. Sebok. Sua proposta é ressaltar a emergência de uma forma moderna de positivismo que pretende responder às provocações de Dworkin, calcadas no argumento empírico de que existem na prática jurídica dos Estados Constitucionais atuais princípios jurídicos consubstanciadores de padrões morais, sem resvalar no ceticismo moral ou em teses originalistas de interpretação^{21 22}.

A mencionada polêmica entre Hart e Dworkin é bastante extensa, por isso iremos reproduzir apenas os pontos que julgamos indispensáveis²³.

A concepção de regra é fundamental no conceito de direito de Hart. As regras, em sua visão, correspondem à convergência de hábitos de conduta em sociedade somados a uma postura crítica em relação aos mesmos, que ele denomina como *ponto de vista interno*²⁴. A convergência de hábitos pode ser captada por um observador, mas o *ponto de vista interno* só pode ser compreendido a partir da perspectiva de um participante que aceita a regra como razão para agir e para criticar a ação de outros. Exemplificando, um observador pode perceber que é comum nos transportes coletivos que os mais novos cedam seus assentos aos mais velhos. De posse desses dados, ele

²⁰ Com humor Fernando Atria desdenha da relevância da divisão entre positivistas, mas não abandona a idéia central da TS. Ele prefere sustentar a posição que veremos adiante sob a alcunha de positivismo ético. Seu artigo tem como epígrafe um trecho da comédia ‘*A vida de Brian*’ do grupo humorístico inglês *Monty Python*, no qual dois grupos anti-romanos (*People’s Front of Judea* e *Campaign for Free Galilee*) se encontram no palácio de Poncio Pilatos, ambos pretendendo sequestrar sua mulher, e, esquecidos da comunhão de seus objetivos de longo prazo, começam a brigar entre si. ATRIA, F. *op. cit.*, p. 83.

²¹ SEBOK, A. J. **Legal Positivism in American Jurisprudence**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

²² Note-se que o termo neopositivismo foi também utilizado pelo Professor Antônio Cavalcanti Maia para definição dos positivistas inclusivos, ainda que, como afirmado, ele o tenha feito na falta de uma categorização consolidada. Ver o prefácio à obra de PEIXINHO, Manoel Messias. À EXPANSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O NEOCONSTITUCIONALISMO. Cópia do Original.

²³ Em outra oportunidade abordamos mais detidamente o assunto. Ver: TAVARES, R. S. *op. cit. passim*. Para um exame ainda mais detalhado ver: RODRIGUÉS, César. **La decisión Judicial: el debate Hart-Dworkin**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997.

²⁴ HART, H.L.A. *op. cit.*, p. 98-9.

pode prever com uma margem razoável de segurança que toda vez que um idoso entrar em um transporte lotado irá encontrar alguém que lhe ceda o lugar. Todavia, o ponto de vista do observador não explica a idéia de obrigação. A noção de obrigação frente à regra só pode ser explicada considerando o ponto de vista interno descrito por Hart. Ele é a aceitação pelos integrantes da sociedade dos padrões de conduta como instâncias de crítica e guias para ação. Alguém que se considera constrangido a ceder o lugar a um idoso e que acha que os outros devem fazer o mesmo adota o ponto de vista interno frente à regra de conduta: “os mais novos devem ceder o lugar aos mais velhos nos transportes coletivos”. Essa é a noção de regra primária de Hart, um padrão de conduta que gera uma obrigação. Essa noção pode ser aplicada indistintamente a quaisquer sistemas de regras sociais, como os jogos, a moral e o direito.

Então como Hart distingue as várias formas de regulação social (especialmente a moral) do direito? Para ele, o que caracterizaria os sistemas jurídicos complexos da atualidade é a existência e o relacionamento de regras de dois tipos diferentes.

Ao lado das regras primárias – que definem o que os indivíduos devem ou não fazer – os sistemas jurídicos modernos necessitam incorporar regras de outra ordem (as regras secundárias) para solucionar problemas de coexistência inexoráveis em sociedades minimamente desenvolvidas. Esses defeitos sanados pelas regras secundárias são: a incerteza, a estática e a ineficácia dos sistemas compostos apenas por regras primárias. As regras secundárias são *meta-regras*, ou seja, regras que definem a existência e o funcionamento das regras primárias. Em suas palavras, *a união de regras primárias e secundárias está no centro de um sistema jurídico*²⁵.

Retornando à regra de conduta que apresentamos como paradigma, vamos dar luz à insuficiência de um sistema composto apenas por regras primárias. Primeiro, imaginemos que eu tenha 29 anos de idade e esteja diante de outro homem de 55 anos, podemos identificar nessa situação um padrão de conduta que diga se devo ou não ceder meu assento? O quão mais velho deve ser aquele que é beneficiado pela entrega do lugar? Ou ainda, existe realmente uma obrigação nesse caso, não se trata de um ato de benevolência daqueles que o praticam? Em suma, como e possível identificar a existência de uma regra e fixar seu âmbito preciso de aplicação a fim de ajustar-lhe corretamente a conduta?

²⁵ *Idem*, p. 109.

A mera observação e reprodução de hábitos não geram um conhecimento seguro da existência e do conteúdo das regras sociais. Esse é o problema da incerteza vivido por sistemas compostos apenas por regras primárias²⁶. Pois é a partir da análise da solução de tal problema que se encontra a chave da TS de Hart.

A solução para o autor estaria na introdução de uma *regra de reconhecimento* que forneceria os critérios de identificação das regras válidas num sistema jurídico, ou seja, possibilitaria a identificação das fontes de obrigações jurídicas. Em síntese, a regra de reconhecimento é a regra última que fornece os critérios de validade das demais regras de um sistema.

Na visão de Hart, a regra de reconhecimento da *common law* inglesa se circunscreve à afirmação de que *aquilo que a Rainha no Parlamento aprova é direito*²⁷. Isso porque, no sistema político inglês, a legislação votada pela Câmara dos Comuns e pela Câmara dos Lordes é introduzida no ordenamento jurídico pela sanção do Monarca e a reunião dos três é o que compõem o Parlamento de *Westminster*. Num ordenamento jurídico como o nosso, onde o ápice da hierarquia normativa está na Constituição, devemos formular uma regra de reconhecimento tal como: *aquilo que o constituinte originário promulga é direito*, lembrando que as demais regras jurídicas retiram sua validade da Constituição.

Voltando a questão da separação entre direito e moral, poderíamos então distinguir as regras dos dois sistemas com base nas fontes de onde elas respectivamente emanam. Assim, uma regra jurídica tem como fonte sempre uma outra regra jurídica que lhe confere validade e, no final da cadeia, está a regra de reconhecimento que diz o que é o direito. Vejamos como exemplo a proibição do homicídio. Ela é uma regra de conduta prevista no art. 121 do Código Penal que, por sua vez, é uma regra jurídica por que foi elaborada segundo os critérios do processo de edição de leis previsto em nossa Constituição²⁸. O princípio constitucional da legalidade, base do Estado de Direito, também afirma que só há obrigação de fazer ou não fazer em virtude de lei, logo, posso concluir que caso cometa um homicídio irei sofrer as sanções previstas pelo legislador. E o que diz que devo seguir os preceitos constitucionais como regras de conduta e

²⁶ *Idem*, p. 102.

²⁷ *Idem*, p. 118.

²⁸ Desconsideramos aqui os nuances dogmáticos relativos à diferença entre a edição de uma lei sob a égide da atual Constituição e a recepção do [Decreto-Lei nº 2.848/40, que dispôs sobre o Código Penal brasileiro](#). Explicações dessa ordem iriam reduzir bastante a simplicidade requerida pelo exemplo.

submeter-me a sanção do Estado? A resposta está na *aceitação* da regra de reconhecimento. A regra de reconhecimento que identifica as regras jurídicas válidas não está sujeita a mesma verificação. Sua existência consiste numa questão de fato, ou seja, nas convenções sociais a respeito do que é efetivamente o direito.

Escolhemos intencionalmente a regra que proíbe o homicídio para enfatizar que a distinção entre direito e moral proposta por Hart (e por outros positivistas) é de natureza *conceitual*²⁹. Os Dez Mandamentos também proíbem o homicídio, mas o que faz com que sejam diferenciadas as regras do Decálogo de Moisés das regras do Código Penal é, segundo o positivismo hartiano, um sistema de remissão às fontes. Ambas as regras tem o mesmo conteúdo, mas apenas o art. 121 do CP deriva em última instância da regra de reconhecimento que valida o sistema jurídico.

Contra essa versão da separação entre o direito e a moral se insurgiu Dworkin, sucessor de Hart na cátedra de teoria do direito da Universidade de Oxford e um de seus mais ferrenhos críticos. Em sua opinião, a descrição do ordenamento jurídico conforme preconizada pelos positivistas deixava de reconhecer a existência de princípios como fontes de obrigação jurídica. Os princípios, segundo o autor, não seriam identificáveis por critérios meramente formais, ou um teste de *pedigree*³⁰, conforme Dworkin intitulou o sistema de identificação do direito pela regra de reconhecimento. No artigo intitulado Modelo de Regras I, o autor afirmou o seguinte³¹:

(...) quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicas, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente como princípios, políticas e outros tipos de padrões. Argumentarei que o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central em um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras.

²⁹ Isso serve para esclarecer um equívoco corriqueiro entre os que atacam o positivismo. Nenhum teórico positivista jamais negou que o direito tem ligação com a moral, isso seria contrariar os fatos. As várias propostas do positivismo ao longo do tempo apenas formularam reivindicações, em maior ou menor grau, de autonomia conceitual ou metodológica entre esses dois sistemas de regulação social.

³⁰ Pedigree na linguagem cotidiana é um certificado de registro de animais domésticos que mostra seus ascendentes obrigatoriamente até a terceira geração. Assim, a qualidade de um animal pode ser verificada com relação a seus ascendentes. Dworkin compara esse sistema com a visão de Hart sobre os ordenamentos jurídicos. Ver: DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 28.

³¹ *Idem*, pp. 35-36.

Além disso, uma vez que esses princípios levariam o aplicador do direito a realizar juízos em torno de questões morais para solucionar casos jurídicos difíceis, seria imperioso abandonar a tese da separação entre direito e moral. Em escritos posteriores o autor desenvolveu sua própria concepção de direito, a qual chamou de *direito como integridade*. Ele sustenta desde então que, ao contrário do que afirmam os positivistas, a identificação do direito depende necessariamente de uma avaliação moral (a tese da conexão necessária entre o direito e a moral). Em suas palavras:

*Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da sociedade*³².

As objeções de Dworkin consistem num dos maiores desafios teóricos enfrentados pelo positivismo. Sua constatação de que o funcionamento dos modernos sistemas jurídicos constitucionalizados requer uma leitura moral do direito se tornou uma popular tese antipositivista. Como conciliar a TS frente aos casos difíceis enfrentados pelos tribunais constitucionais, nos quais há um nítido caráter moral envolvendo as questões jurídicas? Pensemos no caso das leis que regulam as práticas de aborto. Podemos manter a tese da separação proposta pelos positivistas diante dessas enormes controvérsias éticas formuladas em juízo?

As páginas que seguem contêm respostas afirmativas a tal indagação. Apresentamos a seguir, sinteticamente, novas interpretações do positivismo jurídico. O marco simbólico desse debate é a publicação póstuma do posfácio à obra fundamental de Hart, o *Conceito de Direito*. As várias interpretações das respostas de Hart geraram tendências diferentes dentro do positivismo que, embora disputem entre si o legado de melhores intérpretes dessa tradição, estão unidas pelo objetivo de manter uma possível delimitação conceitual das fronteiras entre o direito e a moral.

2.1. Positivismo Exclusivo.

³² DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 272.

Podemos enunciar a primeira reinterpretação da tese da separação como: [TS1] *A identificação do que é o direito não pode depender de critérios ou argumentos morais.*

A formulação mais conhecida nesse sentido é aquela proposta por Joseph Raz³³³⁴. Em sua visão, mesmo quando uma norma jurídica indica ao julgador considerações morais para a resolução de um caso concreto isso não implica que a moralidade foi incorporada ao direito, a norma continuará sendo identificada como válida por referência a suas fontes e não pelo seu conteúdo moral.

Para esclarecer a idéia, o autor faz analogia com as regras de direito internacional privado, que impõem ao julgador a aplicação de normas estrangeiras para solução de casos sob a jurisdição nacional. Exemplificativamente, consideremos o art. 10, §1º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Ele permite que se aplique a lei estrangeira para regular a sucessão de bens de estrangeiros, situados no país, desde que essa seja mais favorável aos herdeiros. De fato, não decorre da aplicação de uma lei estrangeira por um juiz brasileiro que a lei estrangeira faça parte do nosso ordenamento jurídico. Em síntese, nem todas as regras aplicadas por juízes brasileiros são regras pertencentes ao nosso ordenamento jurídico. Da mesma forma, podemos razoavelmente afirmar que os juízes aplicam padrões morais para solução de conflitos, sem com isso admitir que esses padrões morais são parte da ordem jurídica. Nesse sentido, os limites do direito se estendem até as regras que permitem a aplicação de *critérios exteriores à ordem jurídica* para a solução de conflitos pelas autoridades. Por afirmar a total independência dos critérios de identificação do direito frente à avaliação moral, essa vertente foi chamada de “positivismo duro” ou de “positivismo jurídico exclusivo”.

2.2. Positivismo Inclusivo.

A segunda versão da tese da separação pode ser formulada como segue: [TS2] *A identificação do que é o direito não depende necessariamente de critérios ou argumentos morais, embora possa circunstancialmente fazê-lo.*

³³ RAZ, J. *op.cit.* pp. 37-52.

³⁴ Scott Shapiro e Andrei Marmor também defendem a tese, porém com outros argumentos. Ver: SHAPIRO, S. J. *op. cit., passim*. MARMOR, A. Legal Coventionalism. **Hart's Postscript: essays on the postscript to the Concept of Law**. New York: Oxford University Press, 2001, pp.193-217.

Essa tese admite que a determinação do direito possa depender de critérios morais. Nesse ponto, converge com a posição de Dworkin, ao afirmar que as constituições modernas fazem o raciocínio jurídico se confundir com o raciocínio ético. Porém, daí não se conclui logicamente que o direito e a moral estejam *necessariamente* vinculados. A incorporação da moral no direito é, nesse sentido, uma verdade *contingente*³⁵.

A reivindicação dos positivistas inclusivos é que admitamos seja possível imaginar um mundo onde a regra de reconhecimento do sistema jurídico não tenha incorporado nenhum critério moral como fator de identificação do direito. Se essa afirmação for verdadeira, então seria viável afirmar que há uma separação conceitual entre o direito e a moral. Alguns autores preferem chamar então essa construção de *tese da separabilidade*, para melhor indicar que a separação entre direito e moral é uma possibilidade lógica.

Essa teoria se alicerça principalmente na própria defesa de Hart contra os ataques de Dworkin. No posfácio ao *Conceito de Direito* encontramos a seguinte afirmação³⁶:

Dworkin, ao atribuir-me a doutrina do "positivismo meramente factual", tratou erroneamente a minha teoria enquanto exige não só (como, na realidade, o faz) que a existência e a autoridade da regra de reconhecimento devam depender da sua aceitação pelos tribunais, mas também enquanto exige (como, de facto, não o faz) que os critérios de validade jurídica que a regra fornece devam consistir exclusivamente no tipo específico de mero facto que ele designa como questões de *pedigree* e que respeitam ao modo e à forma de criação do direito ou de sua adopção. Isto está duplamente errado. Em primeiro lugar, ignora o meu reconhecimento explícito de que a regra de reconhecimento pode incorporar, como critérios de validade jurídica, a conformidade com princípios morais ou com valores substantivos; por isso, a minha doutrina é aquilo que tem sido designada como "positivismo moderado" e não, como na versão de Dworkin, positivismo "meramente factual". Em segundo lugar, não há nada no meu livro que sugere que os critérios meramente factuais fornecidos pela regra de reconhecimento devam ser unicamente questões de *pedigree*; podem ser, em vez disso, constrangimentos materiais sobre o

³⁵ A distinção entre verdades necessárias e verdades contingentes tem uma longa tradição filosófica e consiste no fundamento básico da chamada semântica dos mundos possíveis e dos sistemas de lógica modal. Cf.: HAACK, Susan. **Filosofia das Lógicas**. São Paulo: Unesp, 2002, p. 229.

³⁶ HART, H. L. A. *op. cit.* p. 312.

conteúdo da legislação, tais como os Décimo-Sexto ou Décimo-Nono Aditamentos à Constituição dos Estados Unidos, respeitantes ao estabelecimento da religião ou às restrições ao direito de voto.

Desde então a tese vem encontrando muitos adeptos³⁷. Um dos maiores defensores do positivismo inclusivo (ou incorporacionismo) é o professor Jules Coleman que assim o define: *O Positivismo Jurídico Inclusivo é a sustentação de que o positivismo permite ou admite testes substantivos ou morais de legalidade; isso não corresponde à visão de que o positivismo requer tais testes*³⁸.

2.3. Positivismo Ético.

A última variante da tese da separação pode ser expressa através da seguinte proposição: [TS3] *A identificação do direito não deve depender de critérios morais.*

Essa tese, ao contrário das anteriores, não pretende ser apenas uma formulação descritivo-conceitual sobre o conceito de direito. Sua intenção é apresentar um programa político. Ao invés de descrever o direito como é, ela se engaja na tentativa de propor como ele deve ser. Por essa razão, a teoria em exame também é chamada de positivismo normativo³⁹.

Vale ressaltar que a tese do positivismo ético pressupõe como verdadeiro o núcleo do positivismo inclusivo, pois só existe sentido em recomendar que o direito seja separado da moral se essa separação for conceitualmente possível.

A sustentação dessa tese se baseia no seguinte argumento: existe razoável desacordo sobre quais são os comportamentos moralmente corretos, então, em respeito à autonomia dos indivíduos, as regras jurídicas devem se imiscuir o mínimo possível nesse terreno incerto, pois, de outra forma, a incerteza a respeito das obrigações dos governantes e dos cidadãos poderia minar as bases da liberdade individual. O

³⁷ Ver: KRAMER, Matthew H. **In Defense of Legal Positivism: law without trimmings**. New York: Oxford University Press, 1999. WALUCHOW, W. J. **Inclusive Legal Positivism**. New York: Oxford University Press, 1994. MORESO, J. J. In defense of Inclusive Legal Positivism. **The Legal Ought**. Turim: Giappichelli, 2001. POZZOLO, S. **Neocostituzionalismo e Positivismo Giuridico**. Turim: Giappichelli, 2001.

³⁸ COLEMAN, Jules. **The Practice of Principle: in defense of a pragmatist approach to legal theory**. New York: Oxford University Press, 2001. p. 108.

³⁹ WALDRON, Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. **Hart's Postscript: essays on the postscript to the Concept of Law**. New York: Oxford University Press, 2001, pp. 411-33.

positivismo ético pressupõe que uma das funções precípuas do direito é o estabelecimento de regras de conduta claras e precisas, a fim de facilitar o planejamento e a execução dos planos individuais de vida. Assim, guarda íntima relação com o ideal liberal de autonomia individual⁴⁰.

3. Considerações Finais.

Ao abordar as teses acima (TS1, TS2 e TS3) procuramos desconstruir as afirmações contidas na literatura jurídica nacional que apenas declaram o positivismo morto, sem maiores explicações sobre as razões de seu óbito. Nenhuma das teses foi apresentada com pretensão de correção absoluta, no sentido de excluir as demais. Nossa intenção não foi elucidar qual das teses positivistas é mais apropriada, nem mesmo declarar que alguma tese positivista deve ser preferida em relação às teorias jusfilosóficas que pregam a conexão necessária entre o direito e a moral.

Os argumentos aqui empreendidos foram feitos para afirmar que esse debate ainda não se encerrou. A tese juspositivista da separação é perfeitamente defensável como proposta conceitual e talvez preferível do ponto de vista político, qualquer tentativa de rechaçá-la requer uma análise mais acurada que meras imprecisões retóricas.

Esperamos que o debate brasileiro sobre a teoria do direito possa se robustecer com as últimas contribuições do positivismo jurídico. Acreditamos que ultrapassado o retrato infamante que usualmente se lhe atribuí, o positivismo jurídico ainda guarda importante papel na compreensão do funcionamento das práticas jurídicas atuais.

⁴⁰ Uma defesa solidamente fundamentada do positivismo ético foi realizada por Tom Campbell. Ver: CAMPBELL, T. El sentido del Positivismo Jurídico. *Doxa*, nº 25, 2002, pp. 303-31

Referências Bibliográficas

- ATRIA, F. La Ironía del Positivismo Jurídico. **Doxa**, nº 27, 2004, pp. 83-139.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: RT, v. 240, 2005, p. 1-42.
- _____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>>. Acesso em: 03 ago. 2007.
- BELLO, E. Neoconstitucionalismo, Democracia Deliberativa e a atuação do STF. In: José Ribas Vieira. (Org.). **Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 3-36.
- BUSTAMANTE, Thomas de Rosa de. Pós-positivismo: o argumento da injustiça além da fórmula de Radbruch. In: **Revista de Direito do Estado**. nº 4, Rio de Janeiro: Renovar, pp. 199-230, out/dez 2006.
- CAMPBELL, T. El sentido del Positivismo Jurídico. **Doxa**, nº 25, 2002, pp. 303-31
- CARBONELL, M. (org.). **NEOCONSTITUCIONALISMO(S)**. Madrid: Trotta, 2003.
- CALSAMIGLIA, A. Postpositivismo. **DOXA**, nº21, 1998, pp. 209-220.
- COLEMAN, Jules L. **The Practice of Principle: in defense of a pragmatist approach to legal theory**. New York: Oxford University Press, 2001.

_____. Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis. **Hart's Postscript: essays on the postscript to the *Concept of Law***. New York: Oxford University Press, 2001, pp.99-147.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico político**. São Paulo: Método, pp. 45-63, 2006.

DUARTE, Écio Oto Ramos. POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico**. São Paulo: Landy, 2006.

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

_____. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FÜLLER, L. Positivism and Fidelity to Law: a reply to professor Hart. **Harvard Law Review**. nº 71, 1958, pp. 631-672.

HAACK, Susan. **Filosofia das Lógicas**. São Paulo: Unesp, 2002.

HART, H. L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals. **Harvard Law Review**. nº 71, 1958, pp. 593-629.

_____. **O conceito de Direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

HIMMA, K. E. H.L.A. Hart and the Practical Difference Thesis. **Legal Theory**, vol. 6, nº. 1, Mar. 2000, pp. 1-43

- KRAMER, Matthew H. **In Defense of Legal Positivism: law without trimmings**. New York: Oxford University Press, 1999.
- MARMOR, A. Legal Coventionalism. **Hart's Postscript: essays on the postscript to the Concept of Law**. New York: Oxford University Press, 2001, pp.193-217.
- MORESO, J. J. In defense of Inclusive Legal Positivism. **The Legal Ought**. Turim: Giappichelli, 2001.
- POZZOLO, S. **Neocostituzionalismo e Positivismo Giuridico**. Turim: Giappichelli, 2001.
- RODRIGUÉS, César. **La decisión Judicial: el debate Hart-Dworkin**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997.
- RAZ, Joseph. **The Authority of Law: Essays on law and morality**. New York: Oxford University Press, 1979.
- SEBOK, A. J. **Legal Positivism in American Jurisprudence**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- SCHIAVELLO, Aldo. Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi? **Diritto e Questione Pubbliche**, n° 3. Palermo. 2003. Disponível em: <<http://www.dirittoequationipubbliche.org>> Acesso em 08 de agosto de 2006.
- SHAPIRO, S. J. On Hart's Way Out. **Hart's Postscript: essays on the postscript to the Concept of Law**. New York: Oxford University Press, 2001, pp.149-91.
- STUDNICKI, T. S. PIETRZYKOWSKI, T. Positivismo Blando y la Distinción entre el Derecho y la Moral. **Doxa**, n° 27, 2004, pp. 63-79.

TAVARES, R. S. Neoconstitucionalismo e positivismo inclusivo: uma análise sobre a reformulação da teoria do positivismo jurídico hartiano. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 11, p. 1418, 2007.

WALDRON, Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. **Hart's Postscript: essays on the postscript to the *Concept of Law***. New York: Oxford University Press, 2001, pp. 411-33.

WALUCHOW, W. J. **Inclusive Legal Positivism**. New York: Oxford University Press, 1994.

WALUCHOW, W. J. The Many Faces of Legal Positivism. **University of Toronto Law Journal**, Vol. 48, N. 3, 1998.