

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Rafael Vieira Figueiredo Sapucaia

**POSITIVISMO JURÍDICO E NÃO POSITIVISMO JURÍDICO: CONCEPÇÕES
TEÓRICAS E DISTINÇÕES PRÁTICAS**

Belo Horizonte

2014

Rafael Vieira Figueiredo Sapucaia

**POSITIVISMO JURÍDICO E NÃO POSITIVISMO JURÍDICO: CONCEPÇÕES
TEÓRICAS E DISTINÇÕES PRÁTICAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Alexandre Travessoni Gomes
Trivisonno

Belo Horizonte

2014

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S241p Sapucaia, Rafael Vieira Figueiredo.
Positivismo jurídico e não positivismo jurídico: concepções teóricas e distinções práticas / Rafael Vieira Figueiredo Sapucaia. Belo Horizonte, 2014. 98f.

Orientador: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Positivismo jurídico. 2. Direito e ética. 3. Direito - Filosofia. 4. Justiça. I. Trivisonno, Alexandre Travessoni Gomes. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 340.12

Rafael Vieira Figueiredo Sapucaia

**POSITIVISMO JURÍDICO E NÃO POSITIVISMO JURÍDICO: CONCEPÇÕES
TEÓRICAS E DISTINÇÕES PRÁTICAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno (Orientador) – Puc Minas

Júlio Aguiar de Oliveira (Avaliador) – Puc Minas

Elza Maria Miranda Afonso (Avaliadora) - UFMG

Belo Horizonte, 29 de maio de 2014.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao professor Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, pelo exemplo tanto acadêmico quanto pessoal, pela seriedade e integridade de caráter que me marcaram de maneira extremamente positiva. Sua influência teórico-filosófica pode ser vista em cada linha deste trabalho.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, especialmente àqueles da linha de pesquisa da Teoria do Direito, às valiosas lições que muito contribuíram para minha formação.

Aos estimados condiscípulos, André, Débora, Felipe, Juliano, Mateus, Paulo, Rafael, Renata e Vitor pelas proveitosas discussões dentro e fora da Puc Minas. Todos firmes no propósito de ainda criar uma teoria jurídica à moda dos pragmatistas.

Agradeço a todos que de alguma forma contribuíram para a realização deste trabalho, em especial a minha família pelo apoio.

Há uma diferença muito grande entre saber e acreditar que se sabe. Saber é ciência. Acreditar que se sabe é ignorância. Mas, cuidado! Saber mal, não é ciência. Saber mal é muito pior do que ignorar. Na verdade, sabe-se somente quando se sabe pouco, pois com o saber cresce a dúvida, que é preciso idolatrar sempre! (Antônio Abujamra)

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo realizar uma investigação sobre a relação entre direito e moral tanto no plano teórico como no plano prático. Para isso, nos valem da classificação elaborada por Alexy na qual nomeia os que defendem a tese de que o direito está necessariamente conectado à moral (tese da conexão) de não positivistas e os que defendem que o direito não deve estar necessariamente conectado com a moral (tese da separação) de positivistas. O não positivismo é dividido em inclusivo, exclusivo e superinclusivo, e o positivismo em inclusivo e exclusivo. No plano teórico fizemos uma análise da relação entre direito e moral em pelo um autor de cada uma das correntes, debatendo como se dá essa relação e suas características. No plano prático verificamos a posição dessas correntes quanto ao direito de resistir a uma ordem jurídica que contrarie a moralidade. Ainda do ponto de vista prático discutimos como a relação entre direito e moral é tratada pelo judiciário, analisando a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na ADI 4277, que tratou da equiparação da união homoafetiva à união estável.

Palavras-chave: Direito. Moral. Justiça

ABSTRACT

This work aims to conduct an investigation into the relationship between law and morality both theoretically and in practical terms. For this, we followed the classification elaborated by Alexy in which nominates those who argue the thesis that the law is necessarily connected with the moral (connection thesis) non-positivists and those who argue that the law should not be necessarily connected with the moral (separation thesis) of positivist. The non-positivism is divided into inclusive, exclusive and super-inclusive, and positivism in inclusive and exclusive. At the theoretical level we analyzed the relation between law and morality by an author in each chain, debating how is this relationship and its features. In practical terms we track the position of these currents on the right to resist a law contrary to morality. Yet the practical point of view we discuss how the relationship between law and morality is treated by the judiciary, analyzing the decision of the Supremo Tribunal Federal (STF) in ADI 4277, which dealt with the equation of the stable homosexual relationship.

Keywords: Law. Moral. Justice.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 O POSITIVISMO JURÍDICO: considerações gerais	13
2.1 O positivismo jurídico exclusivo.....	21
2.2 O positivismo jurídico inclusivo	28
3 O NÃO POSITIVISMO: considerações gerais	41
3.1 Não positivismo superinclusivo	45
3.2 Não positivismo inclusivo	53
3.3 Não positivismo	63
4 INCURSÕES NO PLANO PRÁTICO	69
5 CONCLUSÃO	90
REFERÊNCIAS	93

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa discutir algumas correntes do pensamento jurídico, no tocante a relação entre direito e moral, tendo por objetivo analisar essa relação do ponto de vista teórico e com algumas consequências práticas das posições estudadas. Para isso adotaremos a classificação elaborada por Robert Alexy, na qual o positivismo jurídico é compreendido como uma corrente que defende a separação entre direito e moral, e o não positivismo jurídico é compreendido como uma corrente que defende a conexão necessária entre direito e moral (tese da conexão). Na classificação de Alexy o positivismo é dividido em inclusivo e exclusivo e o não positivismo dividido em superinclusivo, inclusivo e exclusivo.

No cotidiano dos operadores do direito as questões fundamentais não possuem maior relevância, entre outras coisas, pela resolução dos problemas através das técnicas comumente utilizadas. Nessa linha podemos nos valer de Hart para quem apesar de lidarmos diariamente com o direito é comum não conseguirmos exprimir ou explicar o que é o direito. Cabe, ainda, citar uma provocação feita por Hart de que essa questão se encaixaria bem no caso do homem que diz: “sou capaz de reconhecer um elefante quando vejo um, mas não sou capaz de defini-lo”. (HART, 2006, p.18) Isso porque a discussão sobre o conceito de direito ou a natureza do direito, por exemplo, torna-se fundamental para o deslinde da questão, seja do ponto de vista da Ciência do Direito, seja do ponto de vista dos Tribunais.

Com isso salta aos olhos a relevância de investigações dessa natureza para a ciência do direito, devido às implicações que podem causar sobre o modo como vê ou se aplica o direito e em consequência disso questões afetas a própria legitimidade do direito, enquanto marco regulatório do agir humano.

A partir dessa base analisaremos pelo menos um dos autores apontados como pertencentes a cada uma dessas correntes e avaliaremos seus escritos de forma a não nos guiarmos pela interpretação que Alexy faz deles. Assim, iremos adotar a classificação elaborada por Alexy sem, necessariamente, seguir sua posição sobre os autores estudados.

A relação entre Direito e Moral será discutida tanto no plano teórico como no plano prático. No plano teórico dividiremos o trabalho tanto em uma análise do positivismo jurídico e quanto do não positivismo jurídico. No plano prático abordaremos a visão das teorias sobre a obrigação de obediência ao direito e o

consequente direito de resistência, bem como sobre a influência que a relação entre direito e moral pode ter numa decisão judicial.

No capítulo 2 trataremos do positivismo jurídico. Procuraremos num primeiro momento, discutir se seria possível uma conceituação do positivismo jurídico, tendo em vista a multiplicidade de autores e teorias que poderiam ser denominadas positivismo jurídico. Afirmaremos que a tese da neutralidade se constitui na ideia mais consistente no sentido de definir o positivismo jurídico, como bem explica Hoerster. Essa tese indica que dentro do marco do positivismo jurídico o direito pode ter qualquer conteúdo, ou seja, que o direito é neutro em face do aspecto material.

Também faremos referência as críticas sofridas pelos positivistas, especialmente as endereçadas pelo pós positivismo, termo utilizado para se referir a teorias que indicariam uma superação do positivismo jurídico, e constataremos que a esmagadora maioria dessas críticas não possuem fundamento. Dentre as três pontos comumente atribuídas ao positivismo, a saber: a defesa de um poder discricionário; ausência de normatividade dos princípios e a aplicação mecanicista do direito. Constataremos que apenas o poder discricionário constitui-se na única das três pontos compatíveis com o positivismo jurídico, entendido dentro do marco da tese da neutralidade.

Veremos que a afirmação de ausência de normatividade dos princípios no positivismo não está bem estruturada, e não se sustenta diante de um olhar crítico. Isso porque ela tem por base a visão completamente deturpada que Dworkin fez da teoria de Hart. É claro que os padrões normativos que Dworkin denominou princípios estão presentes na teoria de Hart, até porque alguns desses padrões são emanados da autoridade, legislativa ou judicial, e um positivista não poderia negar o caráter jurídico a um padrão formalmente válido.

Assim, apesar de não ter utilizado o termo princípio, pelo menos algumas regras emanadas da autoridade (princípios autoritativos) são plenamente compatíveis com o teste que a regra de reconhecimento estabelece para o sistema jurídico.

A outra crítica dirigida ao positivismo, de aplicação mecanicista do direito, como a Escola da Exegese, que pode ser considerada positivismo jurídico, dependendo da classificação mas não na adotada no presente trabalho, também não se sustenta. A visão que a Escola da Exegese tinha sobre o direito é incomensuravelmente distante de teóricos como Kelsen, Hart e Raz. E ainda temos que a presença de poder discricionário torna impossível a defesa de uma aplicação mecanicista. Ora ou o

jugador possui margem de manobra na decisão e pode decidir com maior ou menor liberdade diante da indeterminação do direito ou deve aplicar o direito de forma mecânica como que numa operação matemática.

Ainda no capítulo 2 estudaremos o positivismo exclusivo com enfoque na teoria de Raz. Veremos a defesa do argumento de que a identificação do direito nunca requer a utilização de elementos morais. Dessa forma a moralidade deve estar essencialmente excluída do conceito de direito. Raz afirma, com sua tese das fontes, que as fontes do direito são os fatos que determinam a validade do direito e identificam seu conteúdo. Além disso, esses fatos precisam estar necessariamente estabelecidas pela autoridade que tem uma pretensão moral de legitimidade.

Na última parte do capítulo 2 discutiremos a posição do positivismo inclusivo acerca da relação entre direito e moral. Como base teórico utilizaremos basicamente as teses de Kelsen e Hart que deixam o direito aberto a moralidade mas distinguindo claramente que se direito e moral são ordens distintas. Afirmaremos ainda uma revisitação no conceito de neutralidade.

No capítulo 3 o foco será o não positivismo que pode ser entendido como uma corrente que defende a tese da conexão, ou seja, o direito possui uma conexão necessária com a moral. Num primeiro momento discutiremos a questão terminológica, uma vez que Alexy utiliza o termo não positivismo e não pós positivismo, como preferem autores hispânicos e brasileiros. Nos parece acertada a nomenclatura de Alexy por ser mais abrangente.

Após uma conceituação geral dos pontos em comum ao não positivismo analisaremos as três vertentes propostas por Alexy. No não positivismo superinclusivo poderemos constatar a ligação do direito com a moral, mas também a existência de um dever moral de obedecer ao direito. Isso, apesar de enfraquecer a conexão em termos práticos não anula a ligação que o direito deve ter com a moral, como defendido por Waldron, que afirma que Kant seria positivista. Veremos ainda que mesmo com a controvérsia da existência de possíveis dois conceitos de direito em Kant, um liberal e outro moral, ambos estão abarcados pela tese da conexão.

Passo seguinte analisaremos a posição intermediária, o não positivismo inclusivo, defendido por Alexy. Para ele o direito se liga decisivamente à moral e em caso de conflito entre direito e moral a fórmula de Radbruch é a chave para decidir a questão, invalidando a norma jurídica extremamente injusta. No não positivismo inclusivo a ligação com a moralidade se dá por meio da defesa da tese de que o direito

possui uma natureza dual, ou seja, possui tanto um elemento real, constituído pela legalidade em conformidade com o ordenamento e pela eficácia social, quanto um elemento ideal, constituído pela dimensão moral.

Na última parte do capítulo 3 discutiremos a visão mais drástica dentro do não positivismo, o não positivismo exclusivo. A proposta de Beyleveld e Brownsword, por sua vez baseada na teoria de Gewirth, estabelece que qualquer nível de contraposição do direito com a moral deve levar à invalidação daquele. Trata-se de uma teoria do direito natural na qual o direito deve estar em conformidade com os Requisitos Morais Essenciais (EMR). Ainda com base em Gewirth, Beyleveld e Brownsword consideram o Princípio da Consistência Genérica (PGC) o princípio moral supremo.

No último capítulo, procuraremos estabelecer as consequências práticas das concepções teóricas analisadas no trabalho. A posição tanto do não positivismo inclusivo quanto do não positivismo exclusivo, é clara, podendo ser extraída diretamente da concepção que tem do direito. Para o primeiro, na maior parte das vezes o conflito entre segurança jurídica e justiça deve ter como resultado a prevalência do primeiro, e apenas em casos de injustiça extrema que o direito deve ser invalidado em face de sua contraposição com a moral. Para o segundo, sempre que uma norma jurídica se contrapor à moralidade deve perder o caráter jurídico, havendo assim grande força modificadora da moral no direito.

Apontaremos a contradição que a posição do não positivismo superinclusivo, e em particular a posição de Kant, que defende o dever moral de obediência ao direito e a consequente impossibilidade de resistir a uma ordem injusta. Para Kant, o povo não pode esboçar qualquer reação em face da contrariedade da norma jurídica com a moral, por mais grave que ela seja, admitindo-se apenas uma resistência passiva do parlamento no caso de a violação ser perpetrada pelo executivo. Veremos que essa posição além de enfraquecer a ligação do direito com a moral, pois essa ligação se limitaria a fins teóricos sem resultados práticos, também é apontada como incongruência ou incoerente com a própria teoria do Kant.

Veremos ainda a posição do positivismo jurídico, tanto inclusivo quanto exclusivo, diante da obediência ao direito. Por separarem claramente os âmbitos do direito e da moral não se pode falar que defendem uma dever moral de obediência ao direito, a obrigação é puramente jurídica proveniente do próprio sistema normativo. Trata-se de uma posição interessante pela abertura crítica que possibilita ao direito.

Por fim verificaremos o uso da relação entre direito e moral numa decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), procurando estabelecer uma ligação entre as concepções defendidas pelos ministros e as posições teóricas analisadas. Não conseguiremos, na decisão do STF, uma identificação precisa dentro das teorias analisadas e perceberemos um déficit argumentativo considerável.

2 POSITIVISMO JURÍDICO: CONSIDERAÇÕES GERAIS

Ao comentar o livro, *Conceito e Validade do Direito*, de Robert Alexy, Raz faz uma afirmação que traduz bem a forma como o positivismo jurídico é tratado, inclusive no Brasil: “O livro, por si mesmo, pode evidenciar o contrário. Depois de todos terem chicoteado o cavalo morto? Porque escrever um livro para refutar uma teoria totalmente desacreditada?”¹ (RAZ,2007, p.1, tradução nossa).

Assiste razão ao professor de Oxford. Não faz sentido negar e refutar, gastando tempo e energia para combater algo totalmente obsoleto. Então é possível que o positivismo esteja mais vivo do que nunca, ao contrário do que querem transparecer os críticos.

Mas o que é o positivismo jurídico? Poderíamos reunir características comuns de forma a de fato agrupá-las como uma corrente de pensamento? Ou positivismo seria apenas uma palavra usada para designar uma variedade de conceitos e ideias completamente independentes. Tentaremos cumprir essa tarefa na primeira parte do capítulo.

Talvez uma boa forma de começar seja pelo conceito negativo de positivismo, ou seja, pelo conceito do que não é positivismo.

É interessante notar as críticas, comumente feitas no Brasil, contra a tese positivista e contra autores que pertenceriam à corrente positivista. O problema geral da crítica nacional é que não há uma separação e individualização clara dos autores aos quais se está criticando. Ao dissertar sobre críticas sofridas pelos positivistas, Bobbio faz um alerta que muito serve ao atual debate, no sentido da necessária individualização e precisão das ideias a serem refutadas, vejamos:

A distinção desses três aspectos encontra a sua aplicação na crítica ao positivismo jurídico. Não se pode conduzir uma crítica genericamente antipositivista, mas é necessário distinguir os vários autores, de acordo com o aspecto ou aspectos do positivismo jurídico que é submetido à crítica, esta será, de fato, de natureza diferente. (BOBBIO, 1995, p. 235).

É comum verificarmos a existência da falácia do espantalho quando se fala do positivismo jurídico, as críticas deturpam o antagonista de forma a transformá-la numa caricatura de si mesmo, com uma verdadeira construção artificial da tese combatida:

¹ Tradução livre do seguinte trecho: The book itself may be evidence to the contrary. After all why flog a dead horse? Why write a book to refute a total discredited theory?

Os partidários do pós positivismo, como, em geral, os críticos do positivismo jurídico, constroem uma imagem caricatural de seu adversário teórico que não encontra correspondência nos escritos dos mais conhecidos juspositivistas do séc. XX. (DIMOULIS, 2006, p. 53)

No debate nacional, também é comum a defesa de que os positivistas advogaram a favor de um forte poder discricionário. A questão da discricionariedade, que também remonta ao debate Hart-Dworkin, tem sido comumente atribuída aos positivistas como uma falha grave ao conceder poderes incontroláveis ao aplicador. Tal ideia pode ser extraída da seguinte passagem de Streck:

Por isso há uma diferença ontológica (*não ontológico-essencialista*, é óbvio) entre ser e ente, tese que ingressa no plano da hermenêutica jurídica para superar, tanto o problema da equiparação/imanência entre vigência e validade, como o da total cisão entre texto e norma, resquícios de um positivismo jurídico que convive com uma total discricionariedade no ato interpretativo, que descamba, inexoravelmente, em arbitrariedades, grau de zero de sentido, etc. Positivismo, assim, é entendido, nos limites destas reflexões, a partir de sua principal característica: a discricionariedade, que ocorre a partir da “delegação” em favor dos juízes para a resolução dos casos difíceis (não “abarcados” pela regra). A holding da discussão está no debate Ronald Dworkin-Herbert Hart. (STRECK, 2008, p. 41-42).

Ele continua atacando os positivistas em relação ao poder discricionário dos juízes, agora centrando fogo diretamente em Kelsen:

Portanto, ficam afastadas todas as formas de decisionismo e discricionariedade. O fato de não existir um método que possa dar garantia à “correção” do processo interpretativo – denúncia presente, aliás, já no oitavo capítulo da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen – não autoriza o intérprete a mais lhe convém, o que seria dar azo à discricionariedade típica do convencionalismo exegético-positivista (na verdade, é isso o que acontece na dogmática jurídica dominante). Sem textos, não há normas. (STRECK, 2008, p. 43, grifos do autor).

Parece que Streck não entendeu corretamente o papel e como se dá o processo de interpretação do autor austríaco e temos que o argumento soa contraditório. Num sentido semelhante, Regla afirma em relação aos positivistas:

A-Positivismo. Conforme o modelo das regras e a forte oposição entre criação e aplicação de normas, a classificação mais importante (ou mais significativa) dos casos juridicamente relevantes é a que distingue entre “casos regulamentados” (resolvido pelo sistema de regras) e “casos não regulamentados” (não resolvidos pelo sistema de regras). Obviamente, a interpretação é determinante para concluir se um caso concreto é subsumido ou não a uma regra. Mas o fundamental é que, conforme o modelo de regras, uma regra é aplicável ao caso ou ela não é. Se

há regra aplicável, o caso é regulamentado, se não há regra aplicável, o caso não está regulamentado, não está resolvido. Naturalmente há técnicas utilizadas para preencher as lacunas (as ausências de regulação), mas todas elas entram no âmbito da discricionariedade de quem tem que resolver o caso, quer dizer do aplicador. Contudo, a discricionariedade é concebida fundamentalmente como liberdade do aplicador, isto é, como “permitido” eleger qualquer das opções possíveis. Nesse sentido, as decisões discricionárias estão mais próximas da criação de normas (são mais uma questão de vontade e preferências) que da aplicação de normas (conhecimento e submissão). É assim porque, entre as normas de um sistema jurídico, só há – como já foi dito – relações de tipo lógico.² (REGLA, 2007, p. 673, grifos do autor, tradução nossa).

O problema das críticas acima é que não pode haver poder discricionário e aplicação mecanicista defendidos conjuntamente. Um implica na exclusão do outro. Não posso ter liberdade, margem de manobra na aplicação do direito e ao mesmo tempo aplicar o direito como se máquina fosse. Ou aplico o direito de forma mecânica no estilo da Escola da Exegese ou constato que o poder discricionário é imperioso diante da textura aberta do direito (Hart) ou da indeterminação da linguagem jurídica (Kelsen).

Essa é apenas uma amostra das pesadas críticas que os autores positivistas recebem tanto no Brasil como em outros países. Em um primeiro momento, elas parecem até algo consistente e são repetidas como em um mantra. Mas como veremos, não fazem nenhum sentido e, menos ainda, correspondem à realidade, ou seja, não são fiéis aos autores criticados. Dimoulis faz uma observação adequada ao tipo de crítica que expomos acima:

Não é aconselhável demonizar o positivismo com acusações fantasiosas, contrapondo às realidades do mundo jurídico o quadro idílico de um direito justo e moralmente adequado, ou afirmando que o positivismo é uma teoria ultrapassada no momento em que se constata mundialmente sua vitalidade teórica. (DIMOULIS, 2006, p. 273).

² Tradução livre do seguinte trecho: *A-Positivismo*. Conforme al modelo de las reglas y a la oposición fuerte entre criassem y aplicación de normas, la clasificación más importante (o más significativa) de los casos jurídicamente relevantes es la que distingue entre «casos regulados» (resueltos por el sistema de reglas) y «casos no regulados» (no resueltos por el sistema de reglas). Obviamente, la interpretación es determinante para concluir si un caso concreto es subsumible o no en una regla. Pero lo fundamental radica en que, conforme al modelo de las reglas, una regla es aplicable al caso o no lo es. Si hay regla aplicable, el caso está regulado, está resuelto; si no hay regla aplicable, el caso no está regulado, no está resuelto. Naturalmente hay técnicas utilizables para colmar las lagunas (las ausencias de regulación), pero todas ellas entran en el ámbito de la discrecionalidad de quien tiene que resolver el caso, es decir, del aplicador. Ahora bien, la discrecionalidad se concibe fundamentalmente como libertad del aplicador, esto es, como «permitido» elegir cualquiera de la opciones posibles. En este sentido, las decisiones discrecionales están más próximas a la creación de normas (son más una cuestión de voluntad y de preferencias) que a la aplicación de normas (conocimiento y subsunción). Ello es así porque entre las normas de un sistema jurídico sólo hay – según se ha dicho – relaciones de tipo lógico.

No debate nacional, também existem críticas interessantes que levam mais a sério o legado positivista, como a de Oliveira:

O positivismo jurídico, enquanto teoria, não dá conta de explicar o seu objeto sem descaracterizá-lo de forma a torná-lo irreconhecível. Assim, quanto melhor a teoria juspositivista, isto é, quanto mais atenta à coerência interna e às diretrizes positivistas (e a Teoria Pura do Direito é insuperável nesses quesitos), mais evidente é o fracasso do positivismo jurídico enquanto teoria do direito. Reside aí a relevância da Teoria Pura do Direito: a Teoria Pura do Direito segue sendo o melhor argumento contra o positivismo jurídico. (OLIVEIRA, 2013, p. 127)

A proposta de Oliveira é interessante. O positivismo deturparia o direito, representando apenas uma parte dele, não sendo capaz de explicá-lo sem reduzi-lo, tornando pura forma. A proposta de Oliveira está ligada a uma concepção moralizante do direito, no sentido de que uma posição neutra já se constitui como uma tomada de posição. Nesse ponto, assiste-lhe razão, essa neutralidade é mais bem entendida como neutralidade apenas quanto ao conteúdo e não quanto ao cientista ou aplicador. Faremos uma defesa explícita dessa ideia, com a formulação da ideia de uma tese fraca da neutralidade no decorrer do capítulo.

Mas, sobre o fracasso da teoria positivismo, tenho dúvidas sobre o acerto de Oliveira. Talvez a postura neutra do positivismo seja incompatível não com o direito em si, mas com uma visão que temos de como o direito deveria ser, pois uma coisa é o direito, outra é o que queremos que ele seja. Esse tipo de visão, em geral, deposita no direito um papel de relevância no quadro social e de transformação social que ele não tem. A qualidade do direito não está necessariamente ligada a uma teoria moralizante, e sim à própria sociedade, tendo em vista ser o direito um reflexo da sociedade, um espelho e não um motor capaz de impulsioná-la. Hoerster corrobora essa ideia ao afirmar que essas questões “simplificam demais o problema. Pois, através de uma mera definição de um conceito não se pode mudar a realidade.”³ (HOERSTER, 2000, p. 140, tradução nossa)

Na clássica obra *O Positivismo Jurídico*, Bobbio elenca, nada menos, que sete pontos característicos do positivismo jurídico, que seriam agrupados em três diferentes aspectos. Como veremos, essa amplitude de conceituações faz com que

³ Tradução livre do seguinte trecho: simplifica demasiado el problema. Pues, a través de una mera defición de un concepto no se puede modificar la realidad.

uma plêiade de autores, muitos com posições contraditórias entre si, possam se proteger sob o “guarda-chuva” do positivismo jurídico.

O primeiro dos pontos citado por Bobbio é a ideia do direito como um fato, e não como um valor (BOBBIO, 1995, p. 131). Como consequência dessa ideia, temos, segundo Bobbio, o formalismo jurídico com a validade do direito se ligando tão somente a critérios formais. Sobre o tema explica Bobbio:

Este modo de definir o direito pode ser chamado de *formalismo jurídico*; a concepção formal do direito define, portanto, o direito exclusivamente em função da sua estrutura formal, prescindindo completamente do seu conteúdo – isto é, considera somente *como* o direito se produz e não o *que* ele estabelece. (BOBBIO, 1995, p. 145, grifos do autor)

Assim, a dispensabilidade dos critérios materiais na produção e identificação do direito seria a tese central do positivismo. Dito isto fica claro que a validade do direito na teoria positivista é apenas formal e isto “só significa que a validade da norma não pode ser avaliada conforme critérios de mérito externos ao ordenamento jurídico”. (DIMOULIS; LUNARDI, 2013, p. 218)

A essa ideia de ausência de barreiras materiais para o estabelecimento do conteúdo da ordem jurídica, Hoester dá o nome de tese da neutralidade, a qual ele enuncia como o centro da teoria positivista (2000, p. 16). Ele explica que esta exerce um papel importante na confirmação daquilo que Alexy chama de tese da separação, pois o defensor do positivismo jurídico “exige que o conceito de direito seja definido através de critérios puramente formais, neutro com respeito ao conteúdo. Por isso, desde o ponto de vista de conceito de direito o direito vigente pode ter qualquer conteúdo.”⁴ (HOERSTER, 2000, p. 12, tradução nossa).

À ideia de ausência de parâmetros materiais na construção do ordenamento jurídico Hoester dá o nome de tese da neutralidade que implica que ao positivismo defender “uma estrita separação entre a atribuição de validade jurídica e a formulação de valorações ético-normativas.”⁵ (HOERSTER, 2000, p. 12, tradução nossa).

Na mesma linha, Bobbio afirma:

Neste, ao contrário, é habitual distinguir e separar nitidamente o conceito de

⁴ Tradução livre do seguinte trecho: El iuspositivista exige que el concepto de derecho sea definido a través de criterios puramente formales, neutro con respecto al contenido. Por lo tanto, desde el punto de vista del *concepto* del derecho, el derecho vigente puede tener cualquier contenido.

⁵ Tradução livre do seguinte trecho: una estricta separación entre la atribución de la validez jurídica y la formulación de valoraciones ético-normativas.

validade daquele de valor (pode, de fato, haver um direito válido que é injusto e um direito justo – por exemplo, o direito natural – que é inválido); ainda não excluindo a possibilidade de formular um juízo sobre valor do direito, este sustenta que tal juízo se afasta do campo da ciência jurídica. (BOBBIO, 1995, p. 137)

Numa formulação próxima Dimoulis e Lunardi, na qual fica claro que o direito, para o positivismo, é obra da própria sociedade, afirmam:

Os juspositivistas definem o direito com base em elementos empíricos, constatáveis e historicamente mutáveis. Essa definição é conhecida como tese do fato social ou tese social (*social fact thesis* ou *social thesis*). O que possui a capacidade de criar o direito não é a razão humana, alguma força metafísica ou as regularidades e imposições da natureza. São as constelações de condutas humanas, iniciativas, lutas e relações de poder que geram fatos sociais configuradores da legislação (*law-determining facts*). (2013, p. 222)

Vemos que a ideia do caráter apenas formal da validade do direito é uma característica que diferentes autores atribuem ao positivismo jurídico. Bobbio menciona uma segunda característica como sendo aquela que, na definição do direito, a coatividade tem papel central, seria então a teoria da coatividade do direito que poderia ser definida como o conjunto de normas que pode se fazer valer com base na força (BOBBIO, 1995, p. 132). Temos, em Kelsen, um grande defensor dessa forma de pensar. Em suas palavras temos:

Dizer que o Direito é uma ordem coativa significa que as suas normas estatuem atos de coação atribuíveis à comunidade jurídica. Isto não significa, porém, que em todos os casos da sua efetivação se tenha de empregar a coação física. Tal apenas terá de suceder quando essa efetivação encontre resistência, o que não é normalmente o caso. (KELSEN, 2003, p. 36)

Contudo autores como Hart e Raz admitem a importância da coerção sem depositar nela papel central dentro do direito. Hart entende que a noção de ordem baseada em ameaças é adequada apenas para o direito penal, não encontrando eco nos demais ramos do direito (HART, 2001) Para Raz a sanção é uma razão auxiliar para o cumprimento de determinada norma jurídica:

Uma norma endossada por uma sanção é, na melhor das hipóteses, apenas uma razão auxiliar parcial. A razão completa deve incluir o desejo do agente em evitar a sanção, ou o fato de sua aplicação ser contra os interesses dele. Eis a razão operativa: é porque o agente quer evitar a sanção que ele tem razão para cumprir a lei. (RAZ, 2010, p. 159)

Com essa construção Raz não pretende diminuir a relevância, inclusive prática,

das sanções no direito, em especial no seu cumprimento, mas atenta para o fato de que “a tentativa de explicar a normatividade da lei a partir da sanção conduz a um beco sem saída. Ela explica em que sentido as leis são razões, mas não justifica os casos em elas são normas.” (RAZ, 2010, p. 160)

Bobbio também, dentre as diversas concepções sobre o que é o positivismo jurídico, cita a ideia das fontes do direito, com a legislação como a fonte proeminente no sentido da legislação ser a fonte proeminente; outra concepção é a da teoria imperativista do direito, tendo a norma como um comando, Austin é um representante dessa ideia. Temos também, segundo Bobbio a concepção do ordenamento jurídico com a noção de que o direito deve ser analisado seu conjunto com as teorias da coerência (solução de antinomias) e da completude (solução de lacunas). Faz referência ainda ao método da ciência jurídica que sustenta a teoria da aplicação mecanicista, com a prevalência do elemento declarativo, sobre o produtivo ou criativo do direito, ideia bem representada pela Escola da Exegese. Todas essas, juntamente com a característica da coatividade, poderiam ser agrupadas no aspecto de uma certa teoria do direito (BOBBIO, 1995).

Por fim, Bobbio ainda menciona a teoria da obediência, como um positivismo ético, no sentido de uma ideologia do Direito. Essa concepção se enraizaria no pensamento de Hobbes, passando por Hegel, e estabeleceria uma obediência absoluta à lei, sendo, portanto, uma teoria moral sobre o direito. Parece claro que esse ponto é incompatível com os demais, especialmente com a ideia do formalismo jurídico.

No presente trabalho, a ideia do que é positivismo jurídico se aproximará consideravelmente da tese da neutralidade e se afastará totalmente da ideia da obediência absoluta, a qual nos parece muito mais uma concepção jusnaturalista-absolutista do que positivista, bem como da ideia de que o direito deve ser aplicado de forma mecânica. Isso porque uma boa forma de classificar uma teoria é verificar o que os autores, comumente reconhecidos como pertencentes à determinada tradição, realmente defenderam.

No caso do positivismo, autores considerados mais importantes, como Kelsen, Bobbio e Hart e autores atuais relevantes, como Raz, negam veementemente a ideia de uma obediência absoluta. Assim eles não podem estar no mesmo grupo que autores como Hobbes ou pareados com a Escola da Exegese, que defendera a aplicação mecanicista do direito.

Dessa forma, ao se referir ao positivismo, deve se ter em mente a variedade e multiplicidade de acepções e concepções que o termo adquiriu ao longo do tempo. Algumas dessas concepções citadas por Bobbio são interessantes, pois é constatável que autores nomeadamente tidos como antipositivistas possam, de alguma forma, ser chamados de positivistas, pois expressam ideais que se aproximam de uma das múltiplas acepções do termo. Um caso curioso é o de Dworkin; pois, em sua teoria do direito como integridade, encontramos grande congruência com a teoria da aplicação mecanicista que acentua o caráter meramente declaratório da atividade judicante. Esse fato o distancia consideravelmente de Kelsen e Hart, mas o aproxima fortemente da Escola da Exegese.

Bobbio denomina positivismo, em sentido lato, uma abordagem avalorativa do direito em contraposição ao jusnaturalismo, que seria uma abordagem valorativa do direito. O positivismo, em sentido lato, se dividiria em realismo jurídico ou escola realista do direito, que consideraria que “direito é o conjunto de regras efetivamente seguidas numa determinada sociedade” (BOBBIO, 1995, p. 142), destacando o protagonismo do judiciário, pois uma norma não aplicada não seria direito; e em positivismo em sentido estrito defendido por aqueles que definem o direito com base no dever ser.

Dimoulis também utiliza a denominação positivismo *lato sensu* e positivismo *strictu sensu*, contudo num sentido um pouco diferente. O positivismo *lato sensu* como uma corrente na qual os autores “que afirmam que o direito é um conjunto de normas formuladas e postas em vigor por seres humanos.” (DIMOULIS, 2006, p. 78). Num sentido mais preciso:

Isso significa que o PJ *lato sensu* define o direito com base em elementos empíricos e, necessariamente, mutáveis no tempo. Fazendo depender o direito de tais elementos contingentes, o PJ *lato sensu* rejeita a dependência do ordenamento jurídico de elementos metafísicos e tendencialmente imutáveis, tais como mandamentos divinos ou imperativos da razão humana. (DIMOULIS, 2006, p. 79, grifos do autor)

O positivismo jurídico *lato sensu* se divide em moralismo jurídico, que é uma corrente que “faz depender o reconhecimento da validade das normas jurídicas e sua interpretação de elementos vinculados a valores (e correspondentes mandamentos) de origem moral” (DIMOULIS, 2006, p. 87), defendendo assim a tese da conexão entre direito e moral, e positivismo jurídico em sentido estrito. Esse por sua vez pode ser assim definido:

O PJ *strictu sensu* adota uma tese contrária à jusmoralista: considera que há *plena e radical separação entre direito e moral*. Rejeitando a abordagem unionista, adota-se a visão separatista que afirma a ausência de conexão necessária entre esses dois fenômenos normativos. [...] O PJ *strictu sensu* considera que o estudo e a compreensão do direito não incluem sua avaliação moral e o reconhecimento da validade de um sistema jurídico (ou de uma norma) não depende de sua conformidade a critérios sobre o justo e o correto. (DIMOULIS, 2006, p. 99/100)

Nessa conceituação interessante sobre o que é o positivismo jurídico se baseia na relação entre Direito e Moral. Assim positivistas seriam os autores que negam a necessidade do direito se ligar a moral. Na explicação de Alexy temos:

Todos os positivistas defendem a *tese da separação*, de forma mais geral, a tese diz que não há conexão necessária entre o que o direito é o direito como deve ser. Numa versão mais precisa, afirma que não há conexão necessária entre validade jurídica e correção jurídica de um lado, e méritos e deméritos morais ou correção moral e incorreção moral de outro lado.⁶ (ALEXY, 2008, p. 284/285 – grifos do autor, tradução nossa).

Com base nessa distinção de Alexy, autores positivistas podem ser classificados como positivistas inclusivos e positivistas exclusivos, e nós também a faremos como forma de tentar diferenciar concepções diferentes dentro do positivismo. Nos próximos dois subcapítulos, trataremos especificamente dessas duas divisões do positivismo.

2.1 Positivismo Exclusivo

O positivismo exclusivo pode ser definido como uma corrente que defende a necessária exclusão dos elementos morais no conceito de direito, uma vez que a identificação do direito nunca deve conter elementos morais. Desse modo, o positivismo exclusivo “como advoga mais proeminentemente Joseph Raz, sustenta que a moralidade está necessariamente excluída do conceito de direito.”⁷ (ALEXY, 2008, p. 285, tradução nossa).

De uma forma mais precisa como explica o próprio Raz:

⁶ Tradução livre do seguinte trecho: The controversy between positivism and non-positivism is a dispute about the relationship between law and morality. All positivists defend the *separation thesis*. In its most general form, the thesis says that there is no necessary connection between the law as it is and the law as it ought to be. In a more precise version, it states that there is no necessary connection between legal validity or legal correctness on the one hand, and moral merits and demerits or moral correctness and incorrectness on the other.

⁷ Tradução livre do seguinte trecho: [...] as advocated most prominently by Joseph Raz, maintains that morality is necessarily excluded from the concept of law.

Vou renomear a tese forte para 'a tese de fontes'. O termo 'fonte' é usado aqui em um sentido um tanto técnico (que é, contudo, claramente relacionada com escritos tradicionais de fontes jurídicas). O direito tem uma fonte caso seu conteúdo e sua existência possam se determinar sem o uso de argumentos morais (mas permitindo argumentos sobre a visão moral das pessoas e suas intenções, que são interpretações necessárias, por exemplo). As fontes do direito são os fatos em virtude dos quais ele é válido e que seu conteúdo é identificado.⁸ (RAZ, 1979, p. 74, tradução nossa).

Apesar de sua conceituação ser compatível com a posição de um positivista exclusivo, Raz questiona o fato de Alexy estabelecer definições sobre o direito e sobre teorias jurídicas uma vez que seria improdutivo e problemático, pois haveria uma simplificação do Direito por meio de definições.

Raz também crítica a opção metodológica de Alexy em separar a análise do conceito de direito a partir de dois grandes eixos: a perspectiva do observador e a perspectiva do participante, pois entende que são confusas e não se constituem, em verdade, em uma distinção relevante. Faremos uma análise dessa questão, no segundo capítulo, ao tratarmos da visão de Alexy quando retomaremos os questionamentos de Raz.

Com o objetivo geral de desconstruir a ideia de Alexy sobre a tese da separação e a consequente divisão dos teóricos em positivistas e não positivistas, Raz procura refutar a afirmação de Alexy de que Kelsen teria afirmado a possibilidade de qualquer conteúdo ser direito.

Podemos ver que as visões de Alexy e Raz sobre a mesma passagem de Kelsen são frontalmente díspares. Não me parece possível que as duas estejam corretas. Como observa Oliveira, eles podem considerar o termo direito em Kelsen como duas coisas distintas:

Já a discrepância entre a interpretação de Alexy e a de Raz pode, talvez, ser explicada em virtude do fato de que, enquanto Alexy toma o termo "Direito", na expressão "o Direito pode ter qualquer conteúdo", como norma jurídica, Raz toma-o, na mesma expressão, com o significado de sistema normativo. Essa mudança de foco, operada por Raz em sua resposta a Alexy, ainda que ajude a compreender a divergência, não é, no entanto, suficiente para sustentar a subsequente conclusão no sentido de que a afirmação de que o direito pode ter qualquer conteúdo seja, no interior da própria *Teoria Pura do*

⁸ Tradução livre do seguinte trecho: I shall rename the strong thesis 'the sources thesis'. A 'source' is here used in a somewhat technical sense (which is, however, clearly related to traditional writings on legal sources). A law has a source if its contents and existence can be determined without using moral arguments (but allowing for arguments about people's moral views and intentions, which are necessary interpretation, for example). The sources of law are those facts by virtue of which it is valid and which identify its content.

Direito, falsa. (OLIVEIRA, 2013, p. 111, grifos do autor)

Numa passagem de Raz na qual confronta Alexy diretamente, fica clara sua posição na defesa de que mesmo em Kelsen é falsa a afirmação de que o direito poderia ter qualquer conteúdo, vejamos:

É uma pena que o único suporte para a sua alegação seja uma afirmação de Kelsen a qual é manifestamente falsa em relação à própria teoria de Kelsen. Já que Kelsen vê o direito como um conjunto de normas que direcionam os tribunais a aplicar sanções pela violação de deveres, resultam 4 questões: (a) que o direito pode consistir apenas de normas, (b) que ele é dirigido aos tribunais, (c) que ele deve estipular a aplicação de sanções, e (d) que sua aplicação deve ser condicionada a certas condutas. Tudo isso são, conforme a teoria de Kelsen, restrições necessárias sobre o conteúdo do direito. Talvez elas não violem a tese de separação do modo como Alexy a entende, mas elas certamente não lhe dão suporte, e, como eu disse, elas mostram que a afirmação de Kelsen citada por Alexy é falsa a partir do próprio Kelsen. (RAZ, 2007, p. 2, tradução nossa)⁹.

Nesse ponto, não parece assistir razão a Raz no que diz respeito à teoria de Kelsen. Os itens a, b, c e d estão compreendidos no conceito Kelseniano de norma e, como veremos no próximo tópico, não só Kelsen como também Hart, o quase ídolo de Raz, defendiam teorias que tornam possível que qualquer conteúdo possa ser jurídico. Essas restrições não são de conteúdo e sim meramente requisitos para que uma conduta possa ser jurídica, não indicam nada em relação ao conteúdo - matéria - da norma jurídica. Como explica Oliveira: “ainda que as quatro condições elencadas por Raz sejam, de fato, condições necessárias para a definição de direito (sistema normativo) segundo Kelsen, elas não impõem qualquer restrição ao conteúdo do direito.” (OLIVEIRA, 2013, p. 111).

O que Raz parece não entender, ou não querer admitir (e isso perpassa todo seu artigo), é que não há qualquer problema na teoria positivista aceitar qualquer conteúdo como direito. A chave da questão para a teoria positivista é sim meramente formal. Oliveira comunga da mesma opinião:

⁹ Tradução livre do seguinte trecho: It is a pity that the only support for this claim is a statement of Kelsen's which is manifestly false according to Kelsen's own theory. Since Kelsen regards the law as consisting of norms directing courts to apply sanctions for breach of duties,⁴ it follows (a) that the law can consist only of norms, (b) that it must address courts, (c) that it must stipulate for the application of sanctions, and (d) that their application must be conditional on certain conduct taking place. All these are, according to Kelsen's theory, necessary restrictions on the content of the law. Perhaps they do not violate the separation thesis as Alexy understands it, but they certainly do not support it, and, as I said, they show Kelsen's statement cited by Alexy to be false by Kelsen's own lights.

Não obstante os esforços de Raz parecem continuar fazendo sentido afirmar que, para a Teoria Pura do Direito, todo e qualquer conteúdo pode ser direito. Esta característica da Teoria Pura do Direito não expressa apenas uma exigência de coerência interna da teoria. Ela expressa, acima de qualquer outro significado, uma defesa clara e contundente da tese da separação (*Trennungsthese*). (OLIVEIRA, 2013, p. 122, grifos do autor)

Raz ressalta que a tese da separação, elaborada por Alexy, não seria um critério adequado para definir um autor como positivista, e, portanto, não serviria como critério de distinção entre o positivismo e o não positivismo. Como exemplo da impropriedade da classificação, Raz cita a própria teoria, pois defende que toda ordem jurídica se funda na ideia de autoridade legítima e que essa é moral, senão vejamos:

Por essa tese, meus escritos sobre a natureza do direito não pertenceriam à tradição positivista, uma vez que eles atribuem ao direito a característica essencial de reivindicar uma autoridade legítima, e o conceito de autoridade legítima é um conceito moral.¹⁰ (RAZ, 2007, p. 3, tradução nossa)

Lança mão do que chamou de tese das fontes, em linhas gerais tem o sentido de que a identificação do direito nunca requer o uso de argumentos morais ou julgamentos de mérito para afirmar a separação entre direito e moral e não é bom critério para definir os teóricos em positivistas e não positivistas. Na mesma linha, cita Marmor, que denomina de tese de separação como tese comum ao positivismo jurídico e afirma que a definição de direito não depende de considerações morais. (RAZ, 2007)

Diante dessa afirmação, perguntamos: afinal, qual seria a diferença dessa perspectiva para a tese que Alexy denominou de tese da separação? Na ideia de Raz e Marmor, devo identificar o direito sem recorrer a critérios morais. Até aqui ainda não consigo entender a tese dos positivistas exclusivos, em especial a postura de Raz, que procura refutar Alexy, mas cria uma tese muito parecida com a tese da separação. Em uma visão mais geral, talvez a tese das fontes estaria contida na tese da separação.

Mesmo se eu nunca puder fazer uso de critérios morais, essa ideia não se diferencia dos testes comuns à tradição positivista. Como veremos no próximo tópico, os testes elaborados pelos principais autores positivistas, Kelsen e Hart, a norma

¹⁰ Tradução livre do seguinte trecho: By this thesis my writings on the nature of law do not belong to the legal positivist tradition, since they ascribe to the law as an essential feature that it claims legitimate authority, and the concept of legitimate authority is a moral one.

fundamental e a regra de reconhecimento são pura forma e, desse modo, nunca requerem avaliações morais.

Contudo, a observação de Raz sobre a conceituação em geral é interessante, em especial a ideia de autoridade legítima para a qual a classificação de Alexy não consegue dar uma resposta satisfatória. À primeira vista, tese da fundação do sistema jurídico elaborada por Raz parece se diferenciar decisivamente da Regra de Reconhecimento (Hart) e da Norma Fundamental (Kelsen). Falar em autoridade legítima indica a confluência de critérios materiais.

Num primeiro momento, devemos esclarecer que Raz está a parecer confuso e contraditório, pois, em sua identificação do sistema jurídico ou de leis particulares, não deve ser utilizado critério moral e, ao mesmo tempo, o fundamento de legitimidade do sistema jurídico é o conceito moral de autoridade legítima. Não parece fazer sentido reforçar a impossibilidade de influências morais se a pedra angular do sistema é moral. Para que possamos tomar posição na controvérsia, a tese das fontes de Raz precisa ser analisada. É o que faremos a partir de agora.

Na esteira de Hart, a ideia da tese social de Raz também se constitui em um teste para o sistema jurídico denominado “tese das fontes”, e seria uma tese mais estrita, a qual diz “que a identificação do direito nunca requer o uso de argumentos morais ou juízos sobre o seu mérito”¹¹ (RAZ, 2007, p. 5, tradução nossa) para saber que ou quais normas pertencem ou podem pertencer a determinado ordenamento:

A tese social é mais bem vista não como uma tese de primeira ordem, mas como uma restrição sobre um tipo de teoria do direito que pode ser aceitável - mais especificamente ela é uma tese sobre algumas propriedades gerais de qualquer teste aceitável para a existência e identificação de sistemas jurídicos.¹² (RAZ, 1979, p. 39, tradução nossa).

Sua tese das fontes a qual, como explica o próprio Raz, não encontra eco em Hart nem na tradição dos escritos de positivistas inclusivos, pois sua tese da fontes não é “endossada por Hart, e nem por vários escritores da tradição positivista, os quais são agora conhecidos como positivistas inclusivos, ou positivistas flexíveis (soft positivists).”¹³ (RAZ, 2005, p. 5, tradução nossa).

¹¹ Tradução livre do seguinte trecho: [...] that the identification of law never requires the use of moral arguments or judgements about its merit.

¹² Tradução livre do seguinte trecho: The social thesis is best viewed not as a ‘first-order’ thesis but as a constraint on what kind of theory of law is an acceptable theory - more specifically it is a thesis about some general properties of any acceptable test for the existence and identify of legal systems.

¹³ Tradução livre do seguinte trecho: [...] although the sources thesis was not endorsed by Hart, and is

Interessante notar que para o positivismo exclusivo, notadamente Raz, considera que o valor moral é apenas relativo, variando de acordo com a sociedade na qual é considerado, veremos que esse é um ponto comum em relação ao positivismo inclusivo. Raz explica essa ideia da seguinte forma:

Em termos mais gerais a tese social positivista sobre o que é ou não o direito é uma questão de fato social (isto é, a variedade de teses sociais suportadas pelos positivistas se constituem em vários refinamentos e elaborações de sua formulação bruta). Sua tese moral é que o valor do direito (ambos do direito particular e do direito enquanto sistema) ou o mérito moral que possui é uma questão contingente dependendo do contexto do direito e das circunstâncias da sociedade para a qual se aplica.¹⁴ (RAZ, 1979, p. 37, tradução nossa).

Dessa forma, o mérito ou demérito moral não possui relevância do ponto de vista jurídico, em outras palavras, o valor moral não exerce qualquer influência no direito. Assim o direito pode ser identificado independente de qualquer referência a valores morais:

Destas, a tese social é mais fundamental. Ela é igualmente responsável pelo nome positivismo com indicações da visão que direito é positivo, o direito é produzido pela atividade humana. A tese moral e a tese semântica são geralmente pensadas como necessárias para a tese social. Em linhas gerais, um esboço dos argumentos são expostos da seguinte forma: desde a tese social, o direito é uma questão de fato social, e a identificação do direito não envolve argumentos morais, segue-se que a conformidade com as ideias e valores morais não é de modo algum uma condição para que qualquer coisa seja um direito ou juridicamente vinculante. Por isso, a conformidade do direito com as ideias e valores morais não é necessária. Ela é contingente por circunstâncias particulares de criação e aplicação.¹⁵ (RAZ, 1979, p. 38, tradução nossa)

Como explica Raz, as conexões podem até existir, mas não servem como teste de identificação do direito nem são decisivas no estabelecimento do seu conteúdo, possuindo assim um caráter muito mais pedagógico e ideológico do que prático:

not endorsed by many writers within the positivist tradition, those who are now variously known as inclusive positivists, or soft positivists.

¹⁴ Tradução livre do seguinte trecho: In the most general terms positivist social thesis that what is law and what is not is a matter of social fact (that is, the variety of social theses supported by positivists are various refinements and elaborations of this crude formulation). Their moral thesis is that value of law (both of a particular law and of a whole legal system) or the moral merit it has is a contingent matter dependent on the content of law and the circumstances of the society to which it applies.

¹⁵ Tradução livre do seguinte trecho: Of these the social thesis is more fundamental. It is also responsible for the name 'positivism' which indicates the view that the law is posited, is made law by the activities of human beings. The moral and semantic thesis are often thought to be necessitated by social thesis. In crude outline the arguments run as follows: Since by the social thesis what is law is a matter social fact, and the identification of law involves no moral argument, it follows that conformity to moral values or ideals is in no way a condition for anything being a law or legally binding. Hence, the law's conformity to moral values and ideals is not necessary. It is contingent on the particular circumstances of its creation or application

Por um lado, eu argumentei que a negação de conexões necessárias entre o direito e a moral não pode ser sustentada. Por outro lado, eu sustentei que muitas das específicas alegações de conexões necessárias entre o direito e a moral feita pelos teóricos do direito estão equivocadas. Minha sugestão é que, embora existam conexões entre moralidade e como o direito é, as conexões necessárias mais significativas referem-se à perspectiva de avaliação que apoia o nosso pensamento de como o direito deveria ser, ao invés de como ele é.¹⁶ (RAZ, 2003, p. 17, tradução nossa)

Um eventual recurso a uma fonte moral, na elaboração do direito, é resolvido por Raz no sentido de destacar que o importante é a decisão da autoridade de estatuir determinadas normas, pois sem elas não haveria o direito, como explica Dimoulis:

Mesmo quando uma norma jurídica se refere expressamente à moral, isso não juridifica a moral. O único elemento juridicamente relevante é a norma que foi criada por uma fonte autorizada, independentemente de seu conteúdo e das intenções de seu criador (*strong social thesis* ou *sources thesis*, segundo a já referida terminologia de Raz). (DIMOULIS, 2006, p. 135)

A tese de Raz defende a ideia de autoridade “no sentido de que as instituições jurídicas agem como se elas tivessem essa autoridade, e articulando a visão que elas a tem. Isto é, claramente, uma pretensão moral mas não uma pretensão de correção moral”¹⁷ (RAZ, 2007, p. 11, tradução nossa) Esse seria, para uma das hipóteses de conexão necessária, tendo em vista seu conceito de autoridade legítima, um conceito moral.

Como explica Dimoulis, a autoridade em Raz precisa de duas condições para ser legítima, “primeiro, os destinatários do comando obedecem porque confiam na autoridade ou se sentem por ela intimidados” (DIMOULIS, 2006, p. 136). A chave, nessa primeira condição, é o fato da decisão da autoridade ser a responsável pela ação do indivíduo de conformidade com o direito. E, por fim, “as ordens da autoridade são obedecidas independentemente do juízo de valor que o destinatário faz sobre estas” (DIMOULIS, 2006, p. 136). Nesse ponto, é a disputa entre razões, já que o

¹⁶ Tradução livre do seguinte trecho: On the one hand, I argued that denial of necessary connections between law and morality cannot be sustained. On the other hand, I contended that many of the claims of specific necessary connections between law and morality made by legal theorists are mistaken. My suggestion was that while there are connections between morality and how the law is, the more significant necessary connections relate to the evaluative perspective which informs our thinking of how the law ought to be, rather than how it is.

¹⁷ Tradução livre do seguinte trecho: [...] in the sense that legal institutions both act as if they have such authority, and articulate the view that they have it. This is, of course, a moral claim but it is not a claim to moral correctness

mandamento da autoridade se constitui numa razão excludente, que se constitui numa razão “para não agir de acordo com determinadas razões.” (RAZ, 2010, p. 182). Isso significa que as razões que oferecem a autoridade são mais fortes que outras, as quais indicariam o sentido contrário ao da obediência à norma.

Não parece que esse conceito seja de fato moral, como quer Raz. A diferença reside no papel da pessoa que exerce autoridade, conceito com base no qual se funda o direito.

2.2 O Positivismo Jurídico Inclusivo

Como vimos anteriormente, a relação entre direito e moral se constitui na base a partir da qual se diferenciam o positivismo exclusivo e o positivismo inclusivo. Para este, vale a tese da separação que permite uma aproximação e uma sobreposição de conteúdos regulados entre Direito e Moral, fato que não implica o Direito estar vinculado à Moral nem que essa relação existente seja necessária ou fundamental para a conceituação do Direito.

Em outras palavras, os campos do direito e da moral podem ocasionalmente se tocar mas ambos possuem balizas próprias e contornos que não se confundem e a confluência é meramente contingente. Nas palavras de Alexy, o “positivismo inclusivo, como defendido por Jules Coleman, conta com a rejeição de ambos positivismo exclusivo e não positivismo. Eles dizem que a moralidade não está necessariamente excluída nem necessariamente incluída.”¹⁸ (ALEXY, 2008, p. 285-286, tradução nossa).

Apesar de estabelecer que Direito e Moral sejam distintos, os positivistas inclusivos não negam a sua existência nem a possibilidade de influência que a moral exerce ou pode exercer no direito. Podemos perceber isso na seguinte passagem de Hart:

Por vezes, o que se afirma é uma espécie de conexão que poucas pessoas, se é que algumas, negaram alguma vez; mas a sua existência incontroversa pode ser erradamente aceite como sinal de alguma conexão mais duvidosa ou mesmo confundida com esta. Assim, não pode seriamente discutir-se que o desenvolvimento do direito, em todos os tempos e lugares, tem de facto sido profundamente influenciado, quer pela moral convencional, quer por ideias de grupos sociais particulares, quer ainda por formas de crítica moral

¹⁸ Tradução livre do seguinte trecho: Inclusive positivism, as defended, for instance, by Jules Coleman, counts as the rejection of both exclusive positivism and nonpositivism. It says that morality is neither necessarily excluded nor necessarily included.

esclarecida sustentadas por indivíduos cujo horizonte moral transcendeu a moral correntemente aceite. (HART, 2001, p. 201)

Ele mostra que essa influência entraria no direito de diferentes modos, seja por meio do legislador, momento no qual prepondera a feitura das normas jurídicas, seja por meio do juiz, momento no qual prepondera a aplicação das normas jurídicas:

O direito de todos os Estados modernos mostra, em pontos muito numerosos, a influência não só da moral aceite, como também de ideais morais mais vastos. Estas influências entram no direito, quer de forma abrupta e confessada, através de legislação, quer de forma silenciosa e paulatina, através do processo judicial. (HART, 2001, p 220)

Além dessa confirmação da existência da influência que a moral exerce no direito, o próprio Hart faz um alerta no sentido de que não se pode, com isso, conferir um caráter obrigatório ou vinculante:

Mas é possível tomar esta verdade de forma ilícita, como uma justificação para uma diferente proposição: a saber, que um sistema jurídico *deve* mostrar alguma conformidade específica com a moral ou justiça, *deve* repousar sobre uma convicção amplamente difundida de que há uma obrigação moral de lhe obedecer. De novo, embora, esta proposição possa, em certo sentido, ser verdadeira, não se segue daí que os critérios de validade jurídica de leis concretas, usadas num sistema jurídico, devam incluir de forma tácita, se não explícita, uma referência à moral ou justiça. (HART, 2001, p. 201, grifo do autor)

Uma importante questão em relação à impossibilidade, para os positivistas (tanto para inclusivos como para os exclusivos, vimos isso na posição de Raz na seção anterior), de se conectar necessariamente o Direito e a Moral consubstanciada na ideia geral do relativismo ético, ou seja, na existência de várias ordens morais e não apenas uma Moral absoluta, foi bem expressa nos escritos de Kelsen. Para o autor austríaco “se podemos aprender algo da experiência espiritual do passado é o fato de que a razão humana só consegue compreender valores relativos.” (KELSEN, 2001, p. 23). Assim, só podemos falar em valores morais relativos:

[...] apenas há valores morais relativos - então a afirmação de que as normas sociais devem ter um conteúdo moral, devem ser justas, para poderem ser consideradas como Direito, apenas pode significar que estas devem conter algo que seja comum a todos os sistemas de Moral enquanto sistemas de Justiça. (KELSEN, 2003, p. 72-73)

Nessa mesma linha de pensamento, para Kelsen há independência do direito em relação à moral e mais, não há nenhuma possibilidade do direito se fundamentar

na moral (TRIVISONNO, 2004). É assim que Kelsen entende a existência de variabilidade da moral e, por via de consequência, sua impossibilidade de figurar como fundamento de validade do direito, senão vejamos:

Para Kelsen, a moral pode variar, num Estado de acordo com a época. Uma conduta que em determinado momento é proibida pela ordem moral, em outro momento pode ser permitida ou tolerada ou, até mesmo incentivada. Mais ainda: em uma mesma sociedade, ao mesmo tempo podem conviver morais diversas, variando de acordo com a classe social, profissão ou a ordem religiosa das pessoas. Se, portanto, existem várias morais, a moral não pode ser critério de validade da ordem jurídica, pois não se pode determinar qual delas seria a escolhida. (TRIVISONNO, 2004, p. 210-211)

Isso se dá porque o valor absoluto em si só pode ser admitido com base em uma crença religiosa com a autoridade absoluta e transcendente de uma divindade, e isso não é possível, porque as pessoas de uma mesma época ou de épocas diferentes adotam diferentes sistemas morais, como explicitado acima por Trivisonno.

Kelsen afirma que o que há de comum entre os sistemas morais é apenas a forma, um juízo concreto de dever ser, constituindo-se a moral em um valor apenas relativo. Assim, “com efeito, o Direito constitui um valor precisamente pelo fato de ser norma: constitui o *valor jurídico* que, ao mesmo tempo, é um valor moral (relativo). Ora, com isto mais se não diz senão que o Direito é norma.” (KELSEN, 2003, p. 74, grifos do autor) A ligação do direito e da moral reside exatamente nisso, pois:

Sob estes pressupostos, a afirmação de que o Direito é, por sua essência, moral, não significa que ele tenha determinado conteúdo, mas que ele é normas e uma norma social que estabelece, com caráter de devida (como devendo-ser), uma determinada conduta humana. Então, nesse sentido relativo, todo o Direito tem caráter moral, todo o Direito constitui um valor moral (relativo). Isto, porém, quer dizer: a questão das relações entre o Direito e a Moral não é uma questão sobre o conteúdo do Direito, mas uma questão sobre a sua forma. (KELSEN, 2003, p. 74)

Para reforçar essa tese, Hart afirma que o direito normalmente acompanha a moral aceita de determinada comunidade, já que são os valores compartilhados por essa comunidade, e não uma ideia de moral universal ou absoluta, que influenciam o direito (HART, 2001).

Para além disso, Hart também constata a existência nos sistemas jurídicos de um conteúdo mínimo do Direito Natural. Mas essa afirmação merece cuidado, pois não está Hart a defender uma ideia de direito natural seja de matriz teológica, racional ou teleológica. Essa versão simples do direito natural, comum ao direito e a moral,

constitui-se por determinados arranjos sociais ordenados como leis naturais. Essas leis são suscetíveis à descoberta pela razão por se constituírem verdadeiramente em truísmos, sem os quais qualquer tipo de organização social não poderia existir. Esses são cinco: vulnerabilidade humana, igualdade aproximada, altruísmo limitado, recursos limitados, compreensão e força de vontade limitada (HART, 2001). Em outras palavras não se trata de direito natural e sim de condições de possibilidade para que seja possível a convivência em sociedade.

Kelsen levanta uma ideia semelhante ao defender que os deveres do homem para consigo mesmo (proibição do suicídio, prescrição da coragem entre outros), que estão presentes em grande parte das ordens morais, são também deveres sociais, e só fazem sentido porque o homem é um ser social. A conduta – permitida, proibida ou obrigatória – é imediatamente dirigida ao homem e mediadamente dirigida à sociedade (KELSEN, 2003)

Assim, fica claro que, para os cognominados positivistas inclusivos, a ordem moral pode influenciar o direito, conquanto que seja uma moral relativa consubstanciada nas ideias e convicções de um determinado povo. Como ressalta Hart, essa influência não é necessariamente positiva ou edificante para o direito, tendo em vista que podem existir, e de fato existem, concepções morais baseadas no preconceito e na discriminação que podem determinar o conteúdo do direito:

Embora o direito de certas sociedades tenha ocasionalmente estado adiantado em relação à moral aceite, normalmente o direito segue a moral e o próprio homicídio de um escravo pode ser encarado apenas como um desperdício de recursos públicos ou como delito contra o dono de quem aquele é propriedade. (HART, 2001, p 217).

Diante disso, podemos ver claramente a justificativa para a relação – entre o Direito e a Moral – adotada pelos positivistas e a forte crítica aos jusnaturalistas. A aceitação de uma ideia de compartilhamento unívoco de conceitos de vida boa fundada na razão, na natureza ou ainda em uma concepção teológica, já não era possível na primeira metade do século XX (e mais ainda nos dias de hoje). Isso porque os positivistas, notadamente Kelsen e Hart, são fundamentalmente antiabsolutistas e fortes defensores de uma concepção plural.

Essa exigência de relativismo, enquanto ausência de limites mínimos, resulta em uma extrema valorização do aspecto formal, com o desprezo quase completo pelo conteúdo, daí a famosa frase de Kelsen “então todo conteúdo pode ser direito”

(KELSEN, 2003, p. 50).

Hoerster enfatiza o caráter formal como ausência de limitações de cunho material pois “o *conceito* de direito não impõe nenhuma limitação a aquele que substancialmente pode ser ordenado ou proibido pelo direito. O *conteúdo* do direito depende exclusivamente da respectiva ordem jurídica concreta.¹⁹ (Hoerster, 2000, p. 20, grifos do autor, tradução nossa).

Desse modo, o direito, na concepção positivista, será determinado pelas características de cada comunidade jurídica e apenas por estas, sem qualquer impedimento de ordem interna ou material. A definição de Kelsen também traduz essa ideia:

O Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando - como já mostramos - se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física. (KELSEN, 2003, p. 71).

Na conceituação de Bobbio, o conteúdo também não exerce papel central na definição do direito, que é definido como “o conjunto de regras efetivamente seguidas numa determinada sociedade.” (BOBBIO, 1995, p. 137). Percebe-se que o mestre italiano se aproxima mais da visão do cidadão ao qual a norma é endereçada na formulação de seu conceito, compartilhando com Hart esse enfoque na apreciação do direito.

Hart acentua a importância do papel da aceitação do direito por uma determinada comunidade ao afirmar a necessidade de uma cooperação voluntária da maior parte dessa comunidade para que o sistema jurídico possa se estabelecer:

É verdade, como já temos acentuado, na discussão da necessidade de sanções e da possibilidade respectiva, que para um sistema de regras ser imposto pela força sobre quaisquer pessoas, deve haver um número suficiente que o aceite voluntariamente. Sem a cooperação voluntária deles, assim criando *autoridade*, o poder coercitivo do direito e do governo não pode estabelecer-se. (HART, 2001, p. 217, grifos do autor).

¹⁹ Tradução livre do seguinte trecho: El *concepto* de derecho no impone ninguna limitación a aquello que substancialmente puede ser ordenado o prohibido por el derecho. El *contenido* del derecho depende exclusivamente del respectivo orden jurídico concreto.

Hart nos mostra que o Direito é um fenômeno eminentemente social, e sua validade está condicionada a uma base de aceitabilidade pelos afetados pela norma, este teste é a Regra de Reconhecimento, que se constitui na regra última do sistema jurídico:

A regra de reconhecimento, que faculta os critérios através dos quais a validade das outras regras do sistema é avaliada, é num sentido importante que tentaremos clarificar, uma regra *última*: e onde, como é usual, há vários critérios ordenados segundo a subordinação e a primazia relativa, um deles é *supremo*. (HART, 2001, p. 117)

Como explicam Dimoulis e Lunardi a regra de reconhecimento é uma regra secundária com função de indicar quais regras primárias de obrigação devem ser consideradas válidas dentro do direito:

Hart considera que a validade decorre de uma regra de reconhecimento (*rule of recognition*) que indica quais comandos devem ser reconhecidos como juridicamente válidos. A identificação das normas supremas em certo ordenamento jurídico se faz mediante recurso a uma regra de segundo nível. A regra de reconhecimento é denominada por Hart “secundária” (*secondary rule*), porque é de segundo grau, indicando quais comandos de primeiro grau estabelecem deveres jurídicos. (DIMOULIS; LUNARDI, 2013, p. 223, grifos dos autores)

Para além da tese da neutralidade, vista na primeira parte do capítulo. Hoerster faz menção à tese do subjetivismo como possível dentro da concepção positivista. Essa ideia consiste na concepção de que os critérios do direito justo são subjetivos, o que a torna muito semelhante ao relativismo moral kelseniano. Contudo, a tese da neutralidade, que é logicamente independente em relação às demais, seria a única tese que é de fato comum a todos os positivistas, uma vez que, para Hoerster, alguns autores como Austin não defenderam a tese do subjetivismo.

Além da tese da neutralidade e da tese do subjetivismo, Hoerster adiciona a *tese da lei*, que identificaria o direito com a lei em sentido estrito, elaborada pelo legislador; a *tese da subsunção*, pela qual a aplicação do direito seria obtida por meio de um processo de subsunção consoante os ditames da lógica formal, como premissa maior, premissa menor e conclusão, sendo que o aplicador utilizaria meios exclusivamente lógicos; e, por fim, a *tese do legalismo*, segundo a qual as normas jurídicas devem ser obedecidas em qualquer circunstância e são apontadas por Hoerster como atribuídas aos positivistas ao longo dos anos. (HOERSTER, 2000)

No momento, interessa-nos as teses rejeitadas por Hoerster por serem

incompatíveis com a teoria e expressamente rechaçadas pelos principais autores positivistas, Kelsen e Hart. Essa discussão é importante tendo em vista o atual estágio do debate, especialmente no Brasil.

As críticas ao positivismo, vistas na parte introdutória do capítulo, podem ser consideradas como uma expressão das três teses acima explicitadas. A tese, capitaneada por Dworkin, de ausência de princípios dos positivistas coincide com a *tese da lei*. As críticas feitas por Streck a Kelsen se aproximam da *tese da subsunção* e seriam melhor endereçadas à Escola da Exegese.

A crítica de que haveria ausência de normatividade dos princípios no positivismo jurídico, deriva da clássica ofensiva de Dworkin aos positivistas em geral e a Hart em particular. A questão crucial nesse ponto é que era Dworkin quem estava errado no debate e não Hart. Em outras palavras, o autor com o qual Dworkin debatia suas ideias e refutava fortemente, especialmente nos artigos “Modelo de regras I” e “Modelo de regras II” (ambos presentes no livro *Levando os direitos a sério*) era tudo menos Hart. E há farta bibliografia a corroborar essa tese (RAZ, 1972; SHAPIRO, 2007; TRIVISONNO, 2007). Isso porque dentro da teoria de Hart e compatível com seu teste para o sistema jurídico, a regra de reconhecimento, podem ser percebidos padrões mais gerais de conduta, que Dworkin cognominou princípios. Nessa linha segue Trivisonno que afirma:

A regra de reconhecimento de Hart não exclui do direito qualquer padrão normativo (ou regra na nomenclatura de Hart) em virtude de seu tipo lógico, mas, na verdade, apenas em virtude de sua fonte. Na visão de Dworkin, a regra de reconhecimento de Hart evita que princípios entrem no sistema normativo, pois ela testa se uma regra foi produzida por uma autoridade competente ou não. Dworkin afirma enfaticamente que os princípios não passam nesse teste. Mas o critério da fonte não é um critério adequado para distinguir regras de princípios. (2013, p. 189)

Como explica Trivisonno o critério das fontes é capaz de separar as regras ou os princípios em aqueles produzidos pela autoridade e aqueles não produzidos pela autoridade, e os produzidos pela autoridade não são negados pelos positivistas. (TRIVISONNO, 2013)

O fato de Hart não ter dividido as regras jurídicas não significa que não tenha abarcado o conceito do que Dworkin cognominou princípios, até porque ele não poderia ignorar que padrões como os que Dworkin atribui o nome de princípios estão presente na tradição jurídica desde o período romano, em outras palavras, falar em

princípios não chega a ser uma novidade ou um ineditismo de Dworkin. O que parece claro é que o termo *rules* empregado por Hart, seria algo próximo ao que Dworkin chamou de normas, como o conjunto de padrões estabelecidos pelo sistema jurídico, e não próximo com o que Dworkin chamou de regras que seriam um tipo muito específico de padrão com uma amplitude de aplicação bastante restrita. O ponto central da questão, é posta em termos claros por Trivisonno:

Portanto, a diferença entre o conceito e a extensão dos padrões jurídico-normativos em Hart e em Dworkin não é que o conceito de Hart não inclui princípios de modo algum, mas, na verdade, que o conceito de Dworkin inclui necessariamente padrões não autoritativos (princípios não autoritativos) e o de Hart não necessariamente os inclui. (2013, p. 190)

Como bem demonstra Hoerster, nenhuma das três teses faz sentido dentro da teoria positivista. Destaca o autor alemão que nenhum positivista importante do século XX defendeu a *tese da subsunção* como característica do sistema jurídico (HOERSTER, 2000). Trivisonno explica que essa tese “reduz o juiz a quase um autômato e não foi abraçada por nenhum teórico do positivismo, que reconhece o subjetivismo da atuação do juiz e a multiplicidade de possibilidades interpretativas do Direito.” (2012, p. 318).

Ao contrário do que pensam alguns críticos, dos quais falamos na parte introdutória desse capítulo – em especial Streck; Kelsen não está a defender a aplicação fora dos padrões das normas jurídicas, ou seja, não está a defender a decisão jurídica fora da moldura. A questão é de ordem prática, isso porque, em Kelsen, o conhecimento da ciência do direito só pode ir até à moldura, ou seja, a atividade do cientista se limita a determinar o contorno do direito no caso. Pois vejamos o que afirma o próprio Kelsen:

Se queremos caracterizar não apenas a interpretação da lei pelos tribunais ou pelas autoridades administrativas, mas, de modo inteiramente geral, a interpretação que é realizada pelos órgãos aplicadores do Direito, devemos dizer: **na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade** em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. (KELSEN, 2003, p. 393, grifo nosso)

Em Hart, fica ainda mais claro o limite da discricionariedade do julgador. Isso porque há um núcleo essencial da própria norma a ser aplicada que deve ser observado no momento de sua aplicação sob pena de violação. Assim, a textura

aberta, que possui como consequência o poder discricionário, possui um limite claro:

Podemos distinguir um jogo normal de um jogo da 'discricionariedade do marcador' simplesmente porque a regra de pontuação, embora tenha, como outras regras, a sua área de textura aberta em que o marcador deve exercer uma escolha, possui, contudo um núcleo de significado estabelecido. **É deste núcleo que o marcador não é livre de afastar-se e que, enquanto se mantém, constitui o padrão de pontuação correcta e incorrecta, quer para o jogador**, ao fazer as suas declarações não oficiais quanto ao resultado, quer para o marcador nas duas determinações oficiais. É isto que torna verdadeiro dizer que as determinações do marcador não são infalíveis, embora sejam definitivas. **O mesmo é verdade quanto ao direito.** (HART, 2001, p. 155-156, grifo nosso).

O que estamos tentando afirmar é que, ao lado da textura aberta do direito, há um parâmetro forte, uma barreira intransponível. O desapego pela normatividade do direito e a decisão judicial sem qualquer lastro não são sinônimos de positivismo jurídico. É exatamente o contrário; não há teórico positivista, que pretenda ser levado a sério, que negue ao direito o elemento da legalidade, ou para usar palavras de Alexy: do elemento da legalidade conforme o ordenamento. Como acertadamente ressalta Trivisonno, a ausência de princípios e a defesa da discricionariedade comumente atribuída aos positivistas, que são as duas faces da tese da lei, exposta por Hoerster, são incompatíveis entre si. Nas palavras do autor:

As duas principais teses que apresentei até agora, a saber, (i) que as teorias positivistas de Hart e Kelsen incluem (pelo menos em parte) aquilo de Dworkin denomina princípios e (ii) que exatamente a presença de princípios nessas teorias constitui a causa do poder discricionário, podem soar estranhas. Se essa estranheza de fato existir, ela não decorre da falsidade das referidas teses, mas, na verdade, do fato de as teses opostas (as teses de Dworkin) serem repetidas com maior frequência, sem uma reflexão mais aprofundada. (TRIVISONNO, 2013, p. 201).

Trivisonno destaca ainda que, se os positivistas não reconheciam a normatividade dos princípios, a decisão judicial encontraria normas de reduzido grau de abstração, e esse fato implicaria a ausência de discricionariedade do julgador. Se defendessem o poder discricionário dos juízes, precisariam reconhecer o poder vinculante a normas semelhantes a princípios, justamente pela abertura que tais tipos de normas proporcionariam ao julgador no momento da aplicação. (TRIVISONNO, 2003)

Por fim a *tese do legalismo* também é incompatível com a postura positivista. Como ressalta Hoerster, essa tese jamais foi defendida pelo positivismo. Ela foi, em verdade, rebatida pelos principais positivistas, Kelsen e Hart. Isso porque um

partidário da tese da neutralidade é o que teria menos razões para defender a obrigatoriedade no cumprimento das normas jurídicas (HOERSTER, 2000).

Kelsen e Hart são explícitos ao separar os âmbitos do direito e da moral. Isso fica claro na seguinte passagem de Kelsen:

Se a ordem moral não prescreve a obediência à ordem jurídica em todas as circunstâncias e, portanto, existe a possibilidade de uma contradição entre a Moral e a ordem jurídica, então a exigência de separar o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que a validade das normas jurídicas positivas não depende do fato de corresponderem à ordem moral, que, do ponto de vista de um conhecimento dirigido ao Direito positivo, uma norma jurídica pode ser considerada como válida ainda que contrarie a ordem moral. (KELSEN, 2003, p. 77).

E o rechaço da *tese do legalismo* é a vantagem que acredito deter o positivismo em face do não positivismo para lidar com ordenamentos moralmente injustos. Isso, então, seria um mérito e não um demérito da teoria positivista.

Entendemos que uma reformulação da tese da neutralidade como uma tese fraca da neutralidade, diferente da defesa que Kelsen e Hoerster da neutralidade do conteúdo e também do cientista, separando a função do aplicador da função do cientista, que denomino tese forte.

Parece-me que essa ideia de observador neutro não se sustenta. A própria compreensão de determinado conteúdo já implica uma tomada de posição em relação ao objeto, pois, decisivamente, o observador, como suas pré-compreensões e seu horizonte histórico, para me valer de conceitos da hermenêutica filosófica, impacta no objeto a ser conhecido e o influencia, como explicitado na visão de Oliveira que vimos na parte introdutória do capítulo.

Dessa forma acredito ser compatível com corrente positivista o que denominei de tese fraca da neutralidade, a qual abrangeria apenas o conteúdo material do direito positivo. A questão central parece não ser a presença ou ausência de valorações por parte do criador, ou do aplicador, ou ainda do cientista, até porque podem ser feitas boas ou más valorações a respeito do conteúdo do direito positivo e sim a possibilidade do direito admitir a presença de qualquer conteúdo.

Assim, a neutralidade, no seu sentido fraco, advoga a tese de que o direito pode ter qualquer conteúdo e que esse conteúdo deve ser juridicamente respeitado, e isso, em princípio, não é um problema e sim uma segurança. O próprio direito encerraria um núcleo intangível – o que Hart vai chamar de núcleo de conteúdo apesar

textura aberta.

Não é possível mutilar o direito por ele ser defeituoso ou injusto. Mais uma vez, com Hart, entendemos ser necessária uma separação entre validade jurídica e valor moral. Isso implica a tese fraca da neutralidade. Desse modo, a impossibilidade do observador neutro impede que esse observador ou que o aplicador utilize suas próprias concepções de vida ou de bem para impô-las aos demais, ou seja, o pluralismo implica na tese fraca da neutralidade.

Soluções como a da injustiça extrema parecem ser mirabolantes demais, praticamente mágicas. Como afirmado anteriormente a tese não positivista parece dar um excessivo crédito à força do direito diante das iniquidades. Mais uma vez, assiste razão a Hart ao questionar a honestidade do uso da fórmula da injustiça extrema para a condenação dos alemães nazistas.

Parece-me que uma melhor solução passa pela defesa clara de uma separação entre direito e moral e as consequências que essa postura gera ao lidar com o problema da injustiça legal e, em especial, de ordenamentos fortemente injustos. Voltaremos a essa discussão no capítulo 3 do trabalho, no qual analisaremos a posição positivista em face da obediência ao direito positivo.

Nesse ponto, é relevante lançarmos os olhos sobre a fundamentação do sistema na concepção positivista que é realizada basicamente por uma estrutura que explicita o caráter formal, seja a norma fundamental de Kelsen ou a regra de reconhecimento de Hart, que, como leciona Trivisonno, exploram a mesma questão em ângulos diversos, chegando a uma resposta deveras aproximada. (TRIVISONNO, 2013)

A norma fundamental de Kelsen pode ser assim definida:

Como já notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade á não pode ser posto em questão. (KELSEN, 2003, p. 217, grifos do autor)

A norma fundamental se constitui em saída lógica para fechamento do sistema, sendo pura forma; já a regra de reconhecimento possui uma aparência material

porque consiste em uma fórmula de validação das normas jurídicas aceitas por uma comunidade, mas exatamente por isso que assiste razão a Trivisonno ao destacar a proximidade entre elas.

Nessa linha também segue Alexy para quem:

Os pontos comuns são evidentes. A *rule of recognition* contém os critérios para identificar regras (Hart fala em “regras” em vez de “normas”) como direito vigente. Ela é a regra máxima (“ultimate rule”) do sistema jurídico. Nessa qualidade, contém os critérios e, por conseguinte, os fundamentos da validade de todas as outras regras do sistema jurídico além dela mesma. Assim como em Kelsen, chega-se a ela quando, na estrutura escalonada do sistema jurídico, pergunta-se cada vez mais pelo fundamento da validade. (ALEXY, 2009, p. 146).

A norma fundamental não tem qualquer restrição ou barreira de conteúdo o que lhe permite validar qualquer conteúdo, fato que indica a incorreção da ideia de Raz como afirmamos anteriormente. Assim, as duas são basicamente formais; uma, a norma fundamental, enfocando a relação da fundamentação para dentro do sistema, e a outra, regra de reconhecimento, enfocando a relação de fundamentação na visão do destinatário da norma, pode-se falar, então, em uma forma complementar de responder, tanto no aspecto interno como no externo, a questão atinente ao fundamento do direito.

Como esclarece Hart, a intenção positivista sempre fora a de estabelecer de forma clara as distinções entre questões jurídicas:

O que estes pensadores [os positivistas] estavam essencialmente preocupados em promover era a clareza e a honestidade na formulação das questões teóricas e morais suscitadas pela existência de leis concretas que eram moralmente iníquas mas foram legisladas de forma devida, claras no seu sentido, e satisfizeram todos os critérios reconhecidos de validade de um sistema. (HART, 2001, p. 223-224).

Com base nesse mesmo ponto, Hoerster também trata daquilo que Alexy chama de argumento da clareza nos seguintes termos:

Pois, que outro conceito de nossa linguagem natural como não sendo o conceito de direito poderia cumprir melhor essa função de abarcar todas as normas criadas de acordo com a Constituição e sancionadas pelo Estado? Geralmente, os antipositivistas omitem responder a essa pergunta de forma unívoca.²⁰ (HOERSTER, 2000, p. 20, tradução nossa).

²⁰ Pues, qué otro concepto de nuestro lenguaje natural como no fuera el concepto de derecho podría cumplir mejor esta función de abarcar todas las normas creadas de acuerdo con la Constitución y sancionadas por el Estado? Por lo general, los antipositivistas omiten dar a esta pregunta una respuesta unívoca.

Assim, parece que a não adoção de um conceito positivista de direito traria maiores problemas e confusões do que sua adoção. Isso porque, como ressalta Hoerster, as pessoas se utilizam da palavra direito para se referir aquilo que foi determinado conforme o ordenamento independente de eventual avaliação sobre o conteúdo da norma. Desse modo, normas como as leis racistas da Alemanha Nazista ou do período do Apartheid, na África do Sul, também seriam direito:

Normas tão extremamente imorais ou injustas como as leis racistas da Alemanha de Hitler ou a atual África do Sul ficam dentro do conceito de direito se respondem aos princípios constitucionais internos da respectiva ordem jurídica.²¹ (HOERSTER, 2000, p. 12, tradução nossa).

Como nos leciona Hart, “O estudo do seu uso [do direito] envolve o estudo do seu abuso.” (HART, 2001, p. 226). Essa nítida separação entre os campos do direito e da moral, destacada pelos positivistas, sejam inclusivos ou exclusivos, abre caminho para uma resposta mais satisfatória em ocasiões nas quais as normas jurídicas colidem fortemente com determinadas concepções morais.

Kelsen afirma que a resposta da grande maioria dos jusnaturalistas é pela obediência ao direito em detrimento da moral em qualquer circunstância, há posturas que defendem exatamente o contrário, ou seja, a prevalência da moral em qualquer situação, como veremos no próximo capítulo. Veremos que há ainda a postura da prevalência do direito em casos ordinários, e a prevalência da moral em casos extremos (injustiça extrema), que serão tratadas em nosso próximo capítulo. A postura positivista pode possibilitar uma resistência ao direito sem consequências graves para o sistema jurídico como um todo, o que pode ser bem interessante. Essa ideia será trabalhada em nosso último capítulo.

²¹ Tradução livre do seguinte trecho: Normas tan extremadamente imorais o injustas como las leyes racistas em La Alemanha de Hitler o em la actual Sudáfrica caen bajo el concepto de derecho si responden a los principios constitucionales internos del respectivo orden jurídico.

3. A CORRENTE NÃO POSITIVISTA

Como podemos definir o não positivismo? Se analisarmos a classificação de Alexy, não positivismo é um conceito amplo o suficiente para englobar jusnaturalistas cristãos, como São Tomas de Aquino, jusracionalistas como Kant e autores atuais como o próprio Alexy. Uma resposta inicial seria se basear na aproximação entre direito e moral, como denominador comum.

Creio que isso é pouco. A questão central não é que para os não positivistas o direito deve estar necessariamente conectado à moral e para os positivistas não. Algo muito mais interessante é o porquê os positivistas não advogam a tese da conexão e os não positivistas a advogam. Me parece que o centro da questão é a unicidade da moral, no sentido de que para uma defesa de uma conexão necessária entre direito e moral é preciso que haja uma moral comum e é exatamente isso que os positivistas combatem com a tese do relativismo filosófico que vimos no capítulo anterior.

Poderíamos com o positivismo argumentar em favor da tese da separação enfatizando como um modelo neutro ofereceria melhores condições num mundo plural, multicultural. Parece que alguns conceitos morais adotados pelos positivistas superinclusivos bem como pelo positivistas exclusivos encontram dificuldades com o pluralismo, com uma visão diversificado, multifacetada do bom e do correto. Já a proposta discursiva, consubstanciada no não positivismo inclusivo de Alexy parece deveras atraente. Veremos essas questões com mais detalhes no decorrer do capítulo.

A par dessa discussão o não positivismo é um modo de ver o direito com base no qual a moral exerce função primordial em relação ao direito se não em todos os momentos, naqueles de maior importância. Assim a influência pode ser dar no momento criação do direito e também no momento de aplicação e ela precisa necessariamente existir num desses momentos. No não positivismo se eu não tiver a moral não terei o direito ou pelo menos parte dele.

No decorrer do capítulo veremos o não positivismo nas três correntes que Alexy traz em sua classificação rebuscada²², são elas: não positivismo superinclusivo, não

²² Classificação rebuscada nesse ponto em contraposição a classificação rudimentar. Uso esses termos para diferenciar as classificações de Alexy em relação ao positivismo e não positivismo. A classificação rudimentar é a que constam apenas a corrente positivistas e não positivista, ambas sem subdivisões, presente no Conceito e Validade do Direito. A classificação rebuscada é a que divide positivismo em positivismo inclusivo e exclusivo e o não positivismo em não positivismo inclusivo, exclusivo e superinclusivo presente em dois artigos The Concept of Law e Dual Nature of Law ambos publicados

positivismo inclusivo e não positivismo exclusivo.

A classificação nos parece interessante e equilibrada além de aparentar completude, mas como toda classificação não deixa de apresentar problemas. Um deles é a posição de determinados autores. Há controvérsia sobre a posição de Radbruch antes de 1945 se ele já seria não positivista inclusivo bem como da posição de Kant que guardaria certa similitude com a de Radbruch antes da guerra como ressalta Trivisonno. (TRIVISONNO, 2011)

Um outro problema é a abrangência da classificação no sentido dela abarcar os principais autores que discutiram a relação do direito com a moral. Uma ausência que podemos notar é de Hobbes que seria um “jusnaturalista invertido” ou aquilo que Bobbio chamou de positivista ético. Isso porque a norma positiva determinado pelo soberano é que seria o topo do sistema e deveria ser obedecida sob qualquer circunstância, ele depositou no direito positivo o mesmo que os jusnaturalistas fizeram com o direito natural.

Muitos autores classificam Hobbes como positivista e como vimos o próprio Bobbio faz isso dentro de uma das múltiplas acepções do termo positivismo que ele relata. Suas ideias, apesar disso, não são compatíveis com a tese central do positivismo e ainda não se encaixam na classificação de Alexy sobre o positivismo seja no inclusivo seja no exclusivo.

Poderíamos pensar nele como um não positivista no sentido do jusnaturalismo. Mais uma vez a classificação de Alexy falha, a ordem jurídica em Hobbes não seria externa mas interna e teria poder semelhante a um direito natural, seria um direito positivo naturalizado, fato que o aproximaria de autores como Hegel e Carl Schmitt. Nesse cenário não há lugar na classificação de Alexy para autores com esse perfil.

Assim essa mescla entre os modelos apresentados por Alexy é que seria uma melhor forma de classificar o importante trabalho de Hobbes. Se todo conceito e toda classificação pretendem um sentido de universalidade, Alexy falha nesse ponto.

Retomando a questão da relação específica entre direito e moral temos uma definição do não positivismo elaborada por Alexy que afirma:

Em contrapartida, todas as teorias não positivistas defendem a *tese da vinculação*. Esta determina que o conceito de direito deve ser definido de modo que contenha elementos morais. Apesar disso, nenhum não positivista que deva ser levado a sério exclui do conceito de direito os elementos da legalidade conforme o ordenamento e da eficácia social. O que o diferencia

do positivista é muito mais a concepção de que o conceito de direito deve ser definido de forma que, além dessas características que se orientam por fatos reais, inclua elementos morais. Mais uma vez, são possíveis as mais diversas interpretações e ponderações. (ALEXY, 2009, p. 4/5, grifos do autor)

Alexy usa o termo não positivismo para designar a corrente que se contrapõe ao positivismo jurídico no tocante ao conceito de direito. No Brasil e em vários países de língua espanhola costuma-se utilizar o termo pós positivismo (BARROSO, 2003; STRECK, 2008; REGLA, 2007; CALSAMIGLIA, 1998) em contraposição ao positivismo. Calsamiglia possui uma definição semelhante sobre as teorias que se contraporiam ao positivismo, mas utilizando o termo pós positivismo. Ele também adiciona um novo elemento na definição que é a questão da indeterminação do direito, vejamos:

Para ordenar a possível discussão gostaria de destacar que os dois principais problemas que sugerem o denominado pós positivismo são os da indeterminação do direito e a conexão entre o direito e a política. Poderíamos apontar para uma tendência de atentar mais para o direito indeterminado que pelo determinado, mais pelas consequências práticas e prescritivas do que pelas descritivas. Existe também uma dificuldade para encontrar critérios que permitam estabelecer o que está determinado e até que ponto a avaliação joga um papel na identificação. Por outra parte, existe uma mudança para a consideração de conexão entre o direito e a moral. [...] A indeterminação do direito do direito e a conexão entre direito e moral estão na agenda prioritária da reflexão atual.²³ (CALSAMIGLIA, 1998, p. 218, tradução nossa)

Interessante notar que na definição de Calsamiglia também entra a questão da indeterminação do direito, com base na qual a diferença seria a presença de teorias da interpretação no pós-positivismo e a ausência de teorias da interpretação no positivismo. Essa ideia traz implícita a afirmação de que o positivismo é incompatível com a formulação de qualquer teoria da interpretação. Essa afirmação não pode ser discutida nesse trabalho por exceder em muito o objeto inicial de estudo, sendo que tem força para ser uma investigação exclusiva.

O fato dos principais autores positivistas, notadamente Kelsen e Hart, não terem desenvolvido teorias da interpretação ou terem criticado as existentes não

²³ Tradução livre do seguinte trecho: Para ordenar la posible discusión quisiera destacar que dos de los principales problemas que sugiere el denominado postpositivismo son los de la indeterminación del derecho y la conexión entre el derecho y la política. Podríamos señalar una tendencia a preocuparse más el derecho indeterminado que por el determinado, más por las consecuencias prácticas y prescriptivas que por las descriptivas. Existe también una dificultad para encontrar criterios que permitan establecer qué es lo que está determinado y hasta qué punto la evaluación juega un papel en la identificación. Por otra parte, existe un desplazamiento hacia la consideración de conexión entre el derecho y la moral. [...] La indeterminación del derecho y la conexión entre derecho y la moral están en la agenda prioritaria de la reflexión actual.

autoriza concluirmos pela sua incompatibilidade com teorias interpretativas. Além disso existem sim tentativas de estabelecer teorias de interpretação complexas dentro das premissas positivistas e num primeiro momento não nos parece haver de fato uma incompatibilidade, destacam-se os trabalhos de Maccormick (2006) e Marmor (2000)

A escolha de Alexy, pelo termo não positivismo, me parece mais feliz e abrangente. A um o termo pós positivismo indica que o positivismo já está completamente ultrapassado e obsoleto e os autores denominados pós positivistas corroboram essa indicação como vimos no capítulo anterior e também como vimos o positivismo está longe de ser uma corrente ultrapassada e obsoleta, sendo inclusive majoritária em países de língua inglesa, como afirma Raz. (2007).

Apesar disso Calsamiglia tem uma visão diferente e interessante do termo pós positivismo. O autor espanhol afirma que “em um certo sentido a teoria jurídica atual pode-se denominar pós positivista precisamente porque muitos dos ensinamentos do positivismo foram aceitos e hoje todos em um certo sentido somos positivistas.”²⁴ (CALSAMIGLIA, p. 209, 1998, tradução nossa)

Merece destaque essa posição que direciona, como faz Trivisonno (2008), no sentido de uma superação no sentido positivo do positivismo jurídico, incorporando seus ganhos e qualidades, pena que não é a posição que prevalece no debate atual, especialmente no Brasil, como vimos. Calsamiglia afirma que as questões fundamentais do direito teriam modificado e assim as respostas positivistas seriam consideradas insuficientes:

Se colocamos agora o problema do pós positivismo o que se quer dizer com isto? Por acaso defenderemos a ideia de que o positivismo está superado? Por acaso todas as teorias e doutrinas atuais são antipositivistas? Me parece mais que uma superação estamos diante de uma *mudança* de agenda dos problemas que interessam e, em alguns casos, a um certo distanciamento de algumas das teses sustentadas de forma majoritária pelas teorias positivistas.²⁵ (CALSAMIGLIA, 1998, p. 210, tradução nossa)

Um segundo problema do termo pós positivismo é que restringe a

²⁴ Tradução livre do seguinte trecho: En un cierto sentido la teoría jurídica actual se puede denominar postpositivista precisamente porque muchas de las enseñanzas del positivismo han sido aceptadas e hoy todos en un cierto sentido somos positivistas.

²⁵ Tradução livre do seguinte trecho: Si nos planteamos ahora el problema del postpositivismo ¿qué queremos decir con esto? ¿Acaso defenderemos a ideia de que el positivismo está superado? ¿Acaso todas las doctrinas y teorías actuales son antipositivistas?

Me parece que más que lá superación del positivismo estamos ante um *desplazamiento* de la agenda de problemas que interesan y, en algunos casos, a un cierto distanciamento de algunas de las tesis que eran sostenidas de forma majoritária por las teorías positivistas.

contraposição histórica de ideais indicando mais uma vez que os pós positivistas deveriam estar colocados cronologicamente a frente, essa é a noção utilizada por Calsamiglia. Qual a dificuldade disso? Ora deixa-se de lado uma plêiade de autores que contribuíram para aquela que Alexy reputa como a discussão mais importante da história do direito que é a ligação do direito com a moral ou a sua negação pois “o principal problema na polêmica acerca do conceito de direito é a relação entre direito e moral. Apesar de uma discussão de mais de dois mil anos, duas posições fundamentais continuam se contrapondo: a positivista e a não positivista.” (ALEXY, 2009, p. 3) A discussão entre Direito e moral já pode ser encontrada na tragédia grega como no episódio de Antígona, dentro da trilogia tebana de Xenofante ou no mito de criação do julgamento/direito no qual a Deusa Athenas teria inserido a imparcialidade. No plano filosófico temos o famoso capítulo 5 do livro *Ética a Nicômaco* de Aristóteles, sem contar todos os teóricos jusnaturalistas ao longo dos séculos.

Desse modo deixa-se de lado os autores que defenderam ideias contrapostas aos positivistas mas que escreveram cronologicamente antes do positivismo como é o caso de Kant, que na denominação e classificação de Alexy encontra-se plenamente inserido no debate. No fim das contas quando se usa o termo pós positivismo se restringe a discussão entre os autores do momento atual que se contrapõem ao positivismo (daí pós positivismo) e os autores positivistas.

3.1 Não positivismo superinclusivo

O não positivismo superinclusivo é uma corrente que defende a conexão, ou mais precisamente a vinculação do direito com a moral, podendo ser definida como uma posição na qual o direito está necessariamente conectado à moral mas essa conexão, importante do ponto de vista teórico, pode não ter efeitos práticos. Isso porque o não positivismo superinclusivo não admite a possibilidade de não obediência a ordem jurídica mesmo que esta contrarie totalmente a moral, assim não há efeitos da moral na validade do direito. Alexy explica essa corrente da seguinte forma:

Ela sustenta que a validade jurídica não é de forma alguma afetada por defeitos morais ou pela incorreção moral. [...] É realmente possível continuar a ser um não positivista ao pretender que a validade jurídica não é, de maneira alguma, afetada por defeitos morais? Será que não se reverte, assim, inevitavelmente, e, inelutavelmente, para o positivismo? Um olhar sobre a teoria jurídica de Kant pode nos ajudar a responder a essa pergunta, uma pergunta que parece ser de alguma importância para a compreensão da

natureza da não positivismo.²⁶ (ALEXY, 2008, p. 288, tradução nossa)

Nesses autores o uso do termo conexão pode ser adotado pois há de fato uma relação de subordinação e hierarquia com a moral, cujo conteúdo é dado pelo direito natural, ocupando um lugar superior ao do direito, teríamos então direito natural e só após direito positivo.

Kant entende que o direito é o estudo do que é certo. Com isso podemos perceber claramente que o direito para Kant levanta uma pretensão de correção, disso resulta então um conceito moral de direito:

O conceito de Direito, na medida em que se refere a uma obrigação que lhe corresponde (quer dizer, o conceito moral de Direito), diz respeito, em primeiro lugar, apenas à relação externa e, precisamente, prática de uma pessoa com outra, na medida em que suas ações possam, como *facta*, ter influência (directa ou indirectamente) uma sobre as outras. Mas, em segundo lugar, não significa do arbítrio com o desejo do outro (portanto com a simples necessidade) como, por exemplo, no caso das ações beneficentes ou cruéis, mas, pura e simplesmente, com o arbítrio do outro. Em terceiro lugar, nesta relação recíproca dos arbítrios não se atende, de todo em todo, à matéria do arbítrio, quer dizer, ao fim que cada qual se propõe como objeto que quer. (KANT, 2005, p. 42)

Dessa forma o direito para Kant possui três características; regula apenas relações externas; arbítrio de um e arbítrio de outro; no direito entra apenas a forma e não a matéria, isso quer dizer que para satisfazer o direito apenas preciso agir de acordo com o que ele determina. O conceito moral de direito pode ser assim resumido “o Direito é, pois, o conjunto das condições sob as quais o arbítrio de cada um pode conciliar-se com o arbítrio de outrem segundo uma lei universal de liberdade”. (KANT, 2005, p. 43)

O princípio do direito é assim enunciado: “uma ação é conforme ao Direito quando permite ou quando a sua máxima permite fazer coexistir a liberdade do arbítrio de cada um com a liberdade de todos segundo uma lei universal.” (KANT, 2005, p. 43) Dessa forma a ação conforme o direito não pode sofrer oposição de terceiro:

Se, portanto, a minha ação ou, em geral, o meu estado pode coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universa, aquele que me coloca impedimentos comete perante mim um acto injusto; pois que esse

²⁶ Tradução livre do seguinte trecho: It maintains that legal validity is in no way at all affected by moral defects or moral incorrectness. [...] Is it really possible to remain a non-positivist in claiming that legal validity is in no way affected by moral defects? Does one not thereby revert inevitably and unavoidably to positivism? A glance at Kant's theory of law might help us in answering this question, a question that appears to be of some significance for the understanding of the nature of non-positivism.

impedimento (essa resistência) não pode coexistir com a liberdade segundo leis universais.” (KANT, 2005, p. 43)

Kant afirma que os deveres éticos podem ser de dois tipos deveres de direito e deveres de virtude, e existiriam três critérios para distingui-los: coercibilidade, amplitude e perfeição. Nessa linha os deveres de virtude seriam **incoercíveis**, pois sendo legislação interna não admitem pressão externa para se concretizarem, permitindo apenas auto constrangimento; **amplos**, abarcariam, portanto, situações mais gerais; e seriam **imperfeitos**, pois admitem exceções em favor das inclinações (KANT, 2005)

Já os deveres de direito seriam **coercíveis**, como legislação externa pode haver interferência também externa para assegurar seu cumprimento; **estritos**, pois regulariam situações estritamente determinadas e por fim seriam **perfeitos**, não admitindo exceção. Sobre a necessidade de no direito existir coerção Kersting explica:

A ordem de liberdade da razão jurídica e o mecanismo recíproco de coerção indicam os mesmos momentos estruturais da igualdade e da reciprocidade. A coerção recíproca é o meio racional no qual se apresenta a ordem de liberdade da razão do Direito, através do que ela se torna realidade. Se o imperativo moral exige ser seguido somente por força de sua obrigatoriedade, tornando-se a própria razão através dele diretamente prática, o Direito, que não se ocupa do que a pessoa pensa, pode promover sua efetivação através da coerção. (KERSTING, 2009, p. 165)

Trivisonno aponta que os critérios da latitude e da perfeição levariam ao mesmo resultado e que para os deveres de virtude essa classificação seria problemática pois existiriam deveres de virtude restritos e perfeitos (TRIVISONNO, 2007). Assim, a coerção se constitui no critério decisivo para distinguir deveres de virtude de deveres de direito:

De uma perspectiva jurídica, a coerção é possível, pois deveres de direito exigem apenas conformidade com o dever; portanto, o princípio do direito de Kant é coerente com seu critério para distinguir deveres éticos em geral de deveres estritos de direito (a motivação), pois a satisfação de um dever estrito de direito é legalidade e não exige que a ação seja realizada por dever. (TRIVISONNO, 2007, p. 132)

Como vimos o direito é para Kant legislação externa e dessa forma a sua compatibilidade com o princípio supremo da moralidade - imperativo categórico - não pode ser igual à da legislação interna, ou seja, da legislação moral. E ainda para uma ação ser moral ela deve ser motivada pelo próprio dever, assim exige-se o dever

pelo dever e no direito é exigido a mera conformidade com o dever. Assim “a prerrogativa de coação, a autorização para através do uso da força se defender do injusto, é a contrapartida jurídico-filosófica para a sujeição moral do imperativo categórico.” (KERSTING, 2009, p. 165) Tal como explica Trivisonno há uma concordância apenas parcial do direito com o imperativo categórico, suficiente para que o adequação possa se efetivar:

Diante disso, o direito passa apenas parcialmente no teste do imperativo categórico porque, por sua natureza, não pode prescrever uma ação a ser executada por dever. Embora o direito não exija determinado motivo, exige que seres humanos limitem a relação externa de suas liberdades de escolha a fim de poderem usufruir a mesma liberdade externa. (TRIVISONNO, 2007, p. 134)

Sobre o tema a lição de Merle é parecida pois “a Doutrina do direito e a Doutrina da virtude derivam-se do mesmo princípio, na verdade, do imperativo categórico. Essa derivação não é, no caso do direito, uma atenuação da moral: sua obrigação permanece a mesma.” (MERLE, 2007, p. 102)

A coerção exerce papel fundamental na legitimação do direito, pois é o meio através do qual é possível restaurar a normalidade na uso da liberdade:

A resistência que se opõe à obstaculização de um efeito fomenta esse efeito e concorda com ele. Ora, tudo aquilo que não é conforme com o Direito é um obstáculo à liberdade segundo leis universais; mas a coerção é um impedimento ou resistência com que se defronta a liberdade. Consequentemente, se um determinado uso da liberdade é, ele próprio, um obstáculo à liberdade segundo leis universais (i.e., não conforme ao Direito), a coerção que se lhe opõe, como impedimento a um obstáculo à liberdade, está de acordo com a liberdade, quer dizer: é conforme ao Direito. (KANT, 2005, p. 44/45)

Sobre a interessante formulação de Kant, de que o obstáculo do segundo impedimento seria em verdade, a promoção do primeiro termo, ou seja, da própria liberdade, Trivisonno explica:

De acordo com meu ponto de vista, a prova de que o princípio do direito é derivado do princípio supremo da moralidade é que, embora a proposição *uma restrição de um efeito promove esse efeito* possa ser tomada como verdadeira pelo princípio de contradição e, consequentemente seja analítica, o princípio do direito não pode ser considerado uma proposição analítica, pois o fato de a *coação que se opõe a um uso da liberdade ser coerente com a liberdade mediante uma lei universal* não prova que a coerção deva existir; prova somente que a coerção é coerente com uma lei universal. (TRIVISONNO, 2007, p. 135, grifos do autor)

O princípio da universalização é a chave da conexão da doutrina do direito com o imperativo categórico e seria explicitada porque para Kant o princípio supremo da moralidade indica que nossa ação deve ser conforme a lei universal da razão. Esse princípio, como indica Trivisonno possui importância prática ao auxiliar o agente, fornecendo um critério de julgamento das ações. (TRIVISONNO, 2007) Assim como o direito é prático e diz respeito a ações “pode também ser submetido ao teste do imperativo categórico. É muito positivo que Kant o tenha submetido a esse teste e derivado, na *Doutrina do direito*, o princípio do direito com base no imperativo categórico.” (TRIVISONNO, 2007, p. 145, grifos do autor)

Defendemos acima que existiria uma relação de subordinação e hierarquia como característica mas há uma peculiaridade em Kant que deve ser analisada. É que Kant teria defendido dois conceitos de direito, como afirmam alguns estudiosos. Além do conceito moral que vimos ele também teria um conceito liberal de direito, nos seguintes termos:

Como somente em sociedade e a rigor naquela que permite a máxima liberdade e, conseqüentemente, um antagonismo geral de seus membros e, portanto, a mais precisa determinação e resguardo dos limites desta liberdade – de modo a poder coexistir com a liberdade dos outros; [...] assim uma sociedade na qual a *liberdade sob leis exteriores* encontra-se ligada no mais alto grau a um poder irresistível, ou seja, uma *constituição* perfeitamente *justa* deve ser a mais elevada tarefa da natureza para a espécie humana (KANT, 2004, p. 10, grifos do autor)

A primeira vista o conceito liberal de direito aproximaria Kant do positivismo e ajudaria a corroborar a tese de Waldron que tenta classificar Kant como positivista. Isso porque o conceito se amolda bem na noção de validade formal e ao mesmo tempo distanciaria o direito da moral.

Sobre o conceito liberal de direito Merle entende ser superior ao conceito moral pois seria mais coerente que a teoria de Kant:

De um ponto de vista sistemático, o conceito liberal de direito é mais convincente que o outro. Na verdade, ele reforça a independência do direito em relação à moral, estende o alcance da coação, do cumprimento do direito ao estabelecimento de um estado de direito e não exige que *A metafísica dos costumes* seja dividida em duas partes. (MERLE, 2007, p. 118)

Apesar dessa ligação aparentemente clara que o direito possui com a moral em Kant existem autores que defendem que ele adota uma postura mais compatível

com a teoria positivista, notadamente Waldron. Em linhas gerais a posição de Waldron pode ser explicado pela ligação que faz entre a dimensão prática e a classificação de Kant, em outras palavras, o principal argumento para que Kant possa ser entendido como positivista é o fato de negar um direito de resistência, nas palavras de Waldron:

Devemos, portanto, deixar Kant com os clássicos, mas honestamente, na categoria de verdadeiro positivista jurídico. Ele apontou as vantagens do direito positivo e indicou sobre o que poderíamos perder se o abandonássemos. Ele não nega que seu conteúdo deva ser julgado destituído do ponto de vista transcendente da justiça e do direito. Ele reconhece (de fato, ele nos auxilia a formar nossa concepção dos) modos de pensamento que alguém emprega, quando faz críticas morais ao direito existente.²⁷ (WALDRON, 1996, p. 1566, tradução nossa)

Mas como ressalta Merle a ligação com a moral permanece, esse conceito seria interessante pois “por um lado, não se refere a um fundamento moral exigente, mas à mera reciprocidade na coexistência das liberdades empíricas. Por outro lado, ele parece não contradizer a moral, pois exige uma lei geral como o imperativo categórico.” (MERLE, 2007, p. 99) Uma refutação mais enfática de um Kant positivista pode ser encontrada em Merle, que apesar de não dirigida diretamente à Waldron pode ser a ele aplicada:

Um conceito liberal de direito e uma independência genuína do direito em relação à moral não podem ser obtidos somente mediante coação como motivo do cumprimento, mas primeiro por um juízo independente, isto é, quando o conteúdo do direito não seja derivado do imperativo categórico. Deveria ser evidente que uma concepção de direito como essa não significa de modo algum um positivismo jurídico. O conceito liberal de direito como coexistência das liberdades externas de acordo com a lei de igualdade de tratamento contém integralmente exigências normativas (a proteção da existência de todos os indivíduos, a igualdade perante a lei etc.); muitas ordens jurídicas válidas como direito positivo não correspondem a esses critérios, isto é, elas os violam. (MERLE, 2007, p. 113)

A proposta de Waldron implicaria numa nova reordenação dos autores dentro das correntes jurídicas. Se adotássemos o mesmo critério em outros autores teríamos, por exemplo, autores como Kelsen e certamente Hart, deveriam ser classificados no não positivismo ou pós positivismo, uma vez que admitem, pelo menos no âmbito

²⁷ Tradução livre do seguinte trecho: We must therefore leave Kant in the classic, but honest, predicament of the true legal positivist. He has set out the advantages of positive law and given an indication of what we stand to lose if we abandon it. He does not deny that its contents may be judged wanting from transcendent point of view of justice and right. He recognizes (indeed he helps to shape our conception of) the modes of thought that are deployed when one makes moral criticisms of existing law.

moral a possibilidade de descumprimento prático do direito, em outras palavras um “direito moral” de resistência. Além disso sua proposta não nos parece muito justa em relação ao próprio Kant, como destaca Alexy (2010), e mesmo que do ponto de vista prático o direito possa não ter relação com a moral, no plano teórico o direito deve se fundamentar na moral e o fundamento do direito, é também, como vimos o imperativo categórico.

Dessa forma creio que o conceito liberal de direito seja um argumento a favor de Trivisonno e não de Waldron. Explico. A indicação da necessidade de confluência pacífica da liberdade de arbítrios para a formação do direito é em verdade um embrião de procedimento e não pura forma.

Não precisamos concluir a favor de qualquer dos dois conceitos de direito em Kant, se de fato existem dois, se seriam incompatíveis etc. O importante seria averiguar se com a adoção de um ou outro conceito de direito haveria alteração na classificação da teoria de Kant como não positivista, mas como vimos isso não ocorre.

Tratemos agora da posição de Trivisonno de que estaria em Kant o embrião do chamado pós positivismo, ou seja, Kant seria pós positivista antes mesmo do positivismo. Para defender sua posição Trivisonno faz uso de argumentos que se dividem em duas categorias: os que dizem respeito a fundamentação do direito e os que dizem respeito à aplicação do direito.

A validade do direito para os jusnaturalistas, é como sabemos material, baseada numa ordem moral absoluta, e a validade para os positivistas é basicamente formal. Assim na visão de Trivisonno:

Ao fazer da ideia de liberdade o fundamento supremo de sua ética, e conseqüentemente, do direito, Kant abandona a fundamentação material típica do jusnaturalismo. Kant não pode ser considerado um autor jusnaturalista, pois o fundamento de validade do direito não é, para ele, uma ordem natural superior e anterior ao direito positivo. Não pode ser considerado contudo positivista, pois, apesar de não defender um direito natural, prega uma ideia de justiça. (TRIVISONNO, 2007, p. 165)

Isso seria possível em função do imperativo categórico, que é fundamento transcendental, ou seja, é uma condição de possibilidade, e assim isso significa que o imperativo categórico, que é fundado na ideia de liberdade, enquanto autonomia, “legitima o direito, além de mandar a obediência à ordem jurídica, torna possível chegar, por seu procedimento (teste de universalização), ao conteúdo de uma ordem jurídica justa.” TRIVISONNO, 2007, p. 166)

Já em relação à aplicação do direito TRIVISONNO aduz que é preciso “desconsiderarmos os exemplos de Kant e nos fixarmos nos princípios de sua ética ética obteremos uma solução” (TRIVISONNO, 2007, p. 173). A possibilidade de colisão entre deveres, defendida por Kant, seria uma clara manifestação no sentido da existência de um certo senso de adequação em sua obra. Esse senso de adequação seria materializado por intermédio do princípio de universalização:

Se procurarmos nos exemplos de Kant, provavelmente ficaremos frustrados com a falta do senso de adequação. Se olharmos, porém, para os princípios de sua filosofia encontraremos não só o senso de adequação, mas, mais que isso, um senso determinado de adequação, fornecido pelo princípio de universalização. (TRIVISONNO, 2007, p. 176)

Com isso a posição de Kant teria vantagens tanto em relação ao conceito positivista quanto em relação ao conceito jusnaturalista, realizando uma síntese das qualidades desses sistemas, realizando ao final uma superação positiva dessas teorias:

Uma fundamentação transcendental do direito, como a de Kant, constitui parte da superação do positivismo jurídico, pois resolve o problema da busca da integração da dimensão ética ao direito sem, contudo, adotar um direito natural heterônomo. Essa superação não se deve, portanto, à “mudança paradigmática” da filosofia da linguagem. Ela é bem anterior, pois decorre de um fundamento que não é heterônomo e material como o jusnaturalismo nem meramente formal como o positivista. Logo, Kant supera o positivismo jurídico antes mesmo de sua chegada. (TRIVISONNO, 2007, p. 167)

Essa posição é interessante, mesmo considerando que podem ser extraídas da obra de Kant apenas propostas embrionárias de uma fundamentação procedimental e de um método de aplicação do direito, em especial no tempo no qual ele escreveu.

Me parece que o problema reside de fato do ponto de vista prático. A posição dos não positivistas em geral, como a de Kant, é no sentido de negar qualquer possibilidade de direito de resistência e isso parece ser uma incoerência.

Entendemos que para um autor contratualista, faz sentido a impossibilidade de resistência a uma ordem estatal legalmente emanada parece se adequar a ideia do contrato social compele para a vida em sociedade, sociedade civil no caso de Kant. Contudo o radicalismo que marca a posição de impossibilidade em qualquer circunstância acaba por contrariar a própria ideia que tem do direito. Esse ponto será analisado com mais vagar no terceiro capítulo.

3.2 Não positivismo inclusivo

O não positivismo inclusivo pode ser conceituado como uma corrente que defende a conexão do Direito com a Moral e que em caso de numa controvérsia jurídica houver embate entre a segurança jurídica e justiça a primeira deve prevalecer exceto em casos em que o padrão de injustiça seja tão grave que possa ser classificada como extrema. Esse ideia seria expressa na fórmula de Radbruch:

O conflito entre a justiça e a segurança jurídica poderia ser bem decidido no sentido de que o direito positivo estatuído e assegurado pela autoridade tem prevalência, ainda que o seu conteúdo seja injusto e censurável, a menos que o conflito da lei positiva com a justiça alcance uma medida tão intolerável que a lei, como direito injusto, deva ceder seu lugar à justiça.²⁸ (RADBRUCH, 1962, p. 37, tradução nossa)

Robert Alexy é claramente um autor que pertence a uma tradição diferente da positivista. Muito antes de escrever sua obra *Conceito e Validade do Direito* já era possível ver a presença marcante da moral na sua ideia do Direito. Prova disso é a conexão que ele faz entre direito e moralidade já na sua *Teoria da Argumentação Jurídica*. Sua *Teoria dos Princípios* é também uma abertura para a moralidade. É nesse contexto que seu conceito de direito deve ser analisado. Seu conceito é assim expresso:

O direito é um sistema normativa que (1) formula uma pretensão à correção, (2) consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e (3) ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apoia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão à correção. (ALEXY, 2009, p. 151)

Essa pretensão de correção seria cumprida basicamente por todos os sistemas jurídicos desenvolvidos, dessa forma a conexão do direito com a moral geraria apenas

²⁸ Tradução livre do seguinte trecho: El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica podría solucionarse bien en el sentido de que el derecho positivo estatuído y asegurado por el poder tiene preeminencia aun cuando por su contenido sea injusto e inconveniente, bien en el de que el conflicto de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, como derecho injusto, deba ceder su lugar a la justicia.

uma advertência em face da qualidade das normas do sistema e não uma classificação dos sistemas em jurídicos e não jurídicos, pois todos os sistemas jurídicos poderiam ostentar essa marca, um mínimo de conexão em termos de ordenamento pode ser encontrado.

Já no tocante as normas individuais emergem os dois tipos diferentes de conexão. A conexão qualificadora denunciaria tão somente uma certa inconformidade do direito com a moral, sendo pois uma norma de pior qualidade mas sem qualquer efeito sobre sua validade. E a conexão classificadora surgiria em casos que a incompatibilidade da lei com a moral adquirisse um caráter insustentável a ponto da norma perder o caráter jurídico, não podendo mais ostentar o caráter de norma, pois perderia sua validade. Como explica Alexy “trata-se de uma conexão *qualificadora* quando se afirma que normas ou sistemas normativos que não satisfazem determinado critério moral, por razões conceituais ou normativas, não são normas jurídicas nem sistemas jurídicos.” (ALEXY, 2009, p. 31)

Alexy distingue a possibilidade de existência de duas diferentes maneiras de se ver o direito, a perspectiva do observador e a perspectiva do participante. O observador seria um terceiro isento em relação ao conteúdo do direito que faria uma análise externa, como o caso de um estrangeiro. Já o participante seria interno ao sistema jurídico e sua postura precisa fazer referência ao conteúdo do direito, para Alexy uma figura extremamente representativa dessa visão seria o juiz. (ALEXY, 2009) Essa ideia não é nova, estando presente em outros autores como em Kersting, por exemplo, que afirma:

A partir da perspectiva da observação, ele [o direito] se mostra como um modelo social abstrato afastado da história, submetido ao modelo de uma ordem natural que se auto estabiliza através de um equilíbrio interno, razão pela qual prescinde de manutenção alheia. A partir da perspectiva do partícipe, ao contrário, mostra-se o lado interno moral do Direito, revela-se a prerrogativa da obrigatoriedade do Direito racional. Mas aqui é mais interessante a inversão: Para se garantir o lado interno moral há que se remeter à perspectiva dos partícipes. (KERSTING, 2009, p. 167)

Para Alexy podem coexistir as duas perspectivas, a do observador e a do participante. Já Kersting tem uma posição mais radical haveria apenas a perspectiva do participante. Isso porque “obviamente, *já somos sempre* partícipes dentro de uma ordem jurídica racionalmente compreendida, simplesmente por termos de viver, como seres racionais, com outros de nossa espécie num espaço limitado.” (KERSTING,

2009, p. 167, grifos do autor)

Na defesa de seu conceito não positivista de direito é interessante notar que para Alexy diante da perspectiva do observador o conceito de direito positivista seria o mais adequado exatamente em função de sua abordagem neutra e avaliativa do conteúdo da ordem jurídica. E mesmo diante da perspectiva do participante a postura positivista ainda seria a mais correta se consideramos o sistema jurídico como um todo e somente em face das normas individuais desse sistema é que emerge o conceito não positivista. Em suma o conceito de direito não positivista se justifica em face da possibilidade da existência de normas individuais extremamente injustas e não de sistemas jurídicos como um todo. (ALEXY, 2009)

Para além disso Alexy aduz também a necessidade da conexão entre direito e moral se estabelecer a tese da natureza dual do direito, ou seja, ao direito se liga a dimensão real e também a dimensão ideal. Nas palavras de Robert Alexy:

O direito possui uma natureza dual, e essa tese que eu pretendo explicar. A tese da natureza dual estabelece a pretensão de que o direito compreende tanto uma dimensão real ou factual quanto uma dimensão ideal ou crítica. Na definição do direito, a dimensão factual é representada pelos elementos da legalidade conforme o ordenamento e a eficácia social, enquanto a dimensão ideal encontra sua expressão no elemento da correção moral.²⁹ (ALEXY, 2010, p. 167, tradução nossa)

Alexy explica que a existência desse terceiro elemento modifica a forma como o direito deve ser visto fazendo com que “portanto, a tese da natureza dual implica no não positivismo”³⁰ (ALEXY, 2010, p. 167, tradução nossa) Com base em sua ideia da natureza dual do direito é que Alexy afirma estar o erro do positivismo jurídico e com isso a impossibilidade de se poder formular uma tese satisfatória sobre o direito em moldes positivistas. Desse modo o direito necessariamente precisa conter uma dimensão ideal que projeta o sentido de correção e que o conecta decisivamente com a moral.

Alexy elenca quatro críticas sobre a pretensão de correção no direito, que o direito não levanta qualquer pretensão, são elas; que a pretensão de correção não é necessária que a pretensão de correção se ligaria apenas a dimensão real do direito

²⁹ Tradução livre do seguinte trecho: The law has a dual nature, and it is this thesis that I wish to explicate. The dual-nature thesis sets out the claim that law necessarily comprises both a real or factual dimension and an ideal or critical one. In the definition of law, the factual dimension is represented by the elements of authoritative issuance and social efficacy, whereas the ideal dimension finds its expression in the element of moral correctness.

³⁰ Tradução livre do seguinte trecho: Therefore, the dual-nature thesis implies non-positivism

e que a pretensão de correção não seria racional.

A primeira das críticas é elaborada por MacCormick que afirma que o direito não levanta qualquer tipo de pretensão, ele seria somente uma ordem normativa e ordens normativas são estados de coisas que dessa forma não tem intenções ou pretensões. Alexy rebate concordando que num sentido estrito de fato o direito não pode levantar a pretensão mas que as pessoas em geral e os funcionários oficiais em particular levantam essa pretensão em nome do direito e assim “o direito pode e levanta uma pretensão de correção, e a pretensão é feita pelos seus representantes.”³¹ (ALEXY, 2010, p. 168, tradução nossa)

A segunda crítica rebatida por Alexy em relação a tese da natural dual do direito é a afirmação de que a pretensão de correção no direito não é necessária, sendo expressa pela tese da contingência, que é levantada por Raz, entre outros. O autor alemão afirma:

A segunda objeção nega que a pretensão de correção é necessariamente levantada pelo direito. Se o direito levanta qualquer pretensão, e que tipo de pretensão levantaria seria uma questão empírica. Pode se chamar isso de “tese da contingência”. Se a tese da contingência for verdadeira, a tese da natureza dual, que necessariamente compreende o conceito de necessidade, entraria em colapso.³² (ALEXY, 2010, p. 168, tradução nossa)

Alexy afirma que a pretensão de correção está implícita no direito e que a melhor forma de se ver isso é por meio do argumento da contradição performativa, e ele fornece dois exemplos, um da constituição e um segundo que diz respeito a aplicação do direito. Uma constituição fictícia teria o seguinte artigo “X é uma república federal, soberana e injusta”³³ (ALEXY, 2010, p. 169, tradução nossa) e para Alexy esse artigo não seria apenas absurdo mas também incompatível com a ideia de constituição que implicitamente traria a necessidade de justiça.

O outro exemplo seria uma decisão judicial que disporia: “o acusado é sentenciado à prisão perpétua, o que é uma interpretação incorreta da legislação vigente”.³⁴ (ALEXY, 2010, p. 169, tradução nossa) Nesse caso poderia-se argumentar

³¹ Tradução livre do seguinte trecho: Law can and does raise a claim to correctness, for the claim is made by its representatives.

³² Tradução livre do seguinte trecho: The second objection denies that the claim to correctness is necessarily raised in law. Whether law raises any claims, and which claims, if any, it raises, is said to be an empirical question. One might call this the “contingency thesis.” If the contingency thesis were true, the dual-nature thesis, which essentially comprises the concept of necessity, would collapse.

³³ Tradução livre do seguinte trecho: X is a sovereign, federal, and unjust republic

³⁴ Tradução livre do seguinte trecho: The accused is sentenced to life imprisonment, which is an incorrect interpretation of prevailing law.

que saber se os representantes da lei levantam uma pretensão de correção é uma questão de fato e como ressalta Alexy não se ignora o fato de muitos não fazem isso. Mas a questão aqui é diferente, como representantes da lei os juízes, por exemplo, precisam levantar a pretensão de que a decisão que tomam é a correta de acordo com o sistema jurídico.

Não é óbvia a contradição performativa no primeiro exemplo. A relação entre constituição e justiça me parece mais histórica que lógica. Já o segundo exemplo de Alexy é bem elaborado. A aplicação do direito precisa estar acompanhada da impressão do aplicador, mesmo que errônea, de que ele está fazendo a interpretação correta da lei. Não se pode conceber a ideia de aplicação separada da ideia de correção.

Correntes como o realismo jurídico norte americano, capitaneado pelo Juiz Holmes, que afirma que o direito é aquilo que os juízes decidem, mesmo que encontre certa repercussão e uma aparente estreita compatibilidade com a prática judicial não pode, sob nenhuma hipótese ser aceita do ponto de vista teórico e mais, deve ser combatida. A discricionariedade pura e ilimitada, pode se transmutar na arbitrariedade nos distancia da civilidade e nos aproxima perigosamente da barbárie e não a guerra de todos contra todos, como no estado de natureza Hobesiano, pior uma barbárie patrocinada pelo Estado, fato que seria o colapso não do direito e sim da sociedade como um todo

A terceira crítica, levantada entre outros por Raz, afirma que a pretensão de correção não aponta para a dimensão ideal, ela seria trivial ou formal ou apenas se referiria a dimensão real ou fática do direito (ALEXY, 2010). Raz fala que o direito teria uma pretensão de adequação.

Para rebater que o argumento de Raz Alexy afirma que pretensão de correção é diferente de pretensão de adequação pois aquela é “uma pretensão que é endereçada para todos. Nesse aspecto, ela é similar a pretensão de verdade. Uma pretensão endereçada a todos é, ao mesmo tempo, uma pretensão de objetividade.”³⁵ (ALEXY, 2010, p. 170, tradução nossa) Dessa forma ela teria uma caráter formal mas apesar disso a objetividade também faz parte da dimensão ideal e assim a pretensão de correção “aponta para a dimensão ideal do direito.”³⁶ (ALEXY, 2010, p. 170,

³⁵ Tradução livre do seguinte trecho: A claim that is addressed to all. In this respect, it is similar to the claim to truth. A claim that is addressed to all is, at the same time, a claim to objectivity.

³⁶ Tradução livre do seguinte trecho: Points to the ideal dimension of law

tradução nossa)

Contra a ideia de que a pretensão de correção se refere apenas a dimensão real do direito Alexy aduz que decisões judiciais, por exemplo, se utilizam largamente de distribuições e compensações e que isto é uma questão de justiça, e de moral também, portanto. Nas palavras de Alexy:

[...] textura aberta do direito, tomada em conjunto com a natureza das questões jurídicas, implica que a pretensão de correção é levantada na produção jurídica necessariamente se refere não somente a dimensão real ou factual mas também a dimensão ideal ou crítica.³⁷ (ALEXY, 2010, p. 171, tradução nossa)

Dessa forma a dimensão ideal do direito ganha relevância e deve ser observada na prática do direito, pois possui consequências práticas que afetam o cotidiano do direito, casos como decisões *contra legem*, lacunas, resolução de conflito de normas usando a ponderação e casos imprecisão da linguagem ou da intenção do legislador implicam na utilização da dimensão ideal. Como exemplo de aplicação da dimensão ideal no direito Alexy menciona:

Isto aplica-se mesmo nos casos em que o material autoritativo, diz, a redação de uma lei, permite nada além de uma única decisão, uma decisão que é injusta. Nesses casos a pretensão de correção ou equivale a pretensão que é moralmente justificável aderir a lei injusta por razões que direcionam para o valor moral da legalidade, ou leva a pretensão que é moralmente justificável fazer uma exceção no caso, talvez até para declará-la inválida, pelo fato nesses casos da justiça superar o valor moral da legalidade. Isso mostra que a pretensão de correção do direito sempre se refere não apenas para os fatos sociais mas também para a moralidade.³⁸(ALEXY, 2010, p. 171, tradução nossa)

Interessante notar que vemos nesse caso uma aplicação da dimensão ideal do direito para além dos casos de injustiça extrema e num sentido contrário, a possibilidade de ser moralmente adequada a obediência ao direito mesmo em casos de normas injustas. Isso de certa forma está implícito na ideia de ponderação entre

³⁷ Tradução livre do seguinte trecho: In this way, the open texture of law, taken together with the nature of legal questions, implies that the claim to correctness raised in legal decision-making necessarily refers not only to the real or factual but also to the ideal and critical dimension.

³⁸ Tradução livre do seguinte trecho: This applies even in cases in which the authoritative material, say, the wording of a statute, allows for no more than a single decision, a decision that is unjust. In such cases the claim to correctness either amounts to the claim that it is morally justified to adhere to the unjust statute for reasons that address the moral value of legality, or it leads to the claim that it is morally justified to make an exception to it, perhaps even to declare it invalid, on the ground that in this case justice outweighs the moral value of legality. This shows that the claim of law to correctness always has reference not only to social facts but also to morality

segurança jurídica e justiça, mas destaca-se pois é a dimensão ideal do direito que indica no sentido do seguimento da lei injusta, por respeito à legalidade, e não apenas a dimensão real.

Em função da pretensão de correção permanecer no direito mesmo após a sua institucionalização Alexy afirma que a correção tem dois níveis, no primeiro nível estaria apenas a dimensão ideal, já o segundo nível seria mais amplo compreendendo tanto a dimensão ideal como a dimensão real. Dessa forma ela diria respeito tanto a justiça como a segurança jurídica. (ALEXY, 2010) E no segundo nível a prevalência entre os dois aspectos é resolvida pela ponderação e segundo Alexy “isso mostra que a ponderação tem uma função a desempenhar não apenas na criação ou aplicação do direito, isto é, na prática do direito, mas também na verdadeira base do direito. Ela é uma parte da natureza do direito.”³⁹ (ALEXY, 2010, p. 174, tradução nossa)

A quarta crítica é a que afirma não haver racionalidade na moralidade, Alexy a denomina de “objeção da irracionalidade”. Segundo essa ideia a moralidade pode ser boa ou má, justa ou injusta e ainda é subjetiva e relativa, o que a afastaria da correção e da verdade (ALEXY, 2010), estamos claramente diante de uma variante do argumento do relativismo ético pregado pelos positivistas. Para Alexy a resposta a essa questão se encontra na teoria do discurso.

Nesse ponto cabe perguntar o que é moral para Alexy? Essa definição é a chave para a compreensão de seu conceito de direito e para entender porque ele considera errada a posição positivista que basicamente advoga a tese do relativismo moral, como vimos no capítulo anterior.

Numa definição simples poderíamos dizer que a moral de Alexy é discursiva. Assim a moral seria um conceito fundado nas proposições do ambiente discursivo, não algo dado, pronto e sim um conceito construído e forjado coletivamente com as limitações impostas pela própria ideia do discurso. Em outras palavras seria um conceito dúctil.

Para uma visão do conceito moral em Alexy precisamos recorrer à sua obra prima, Teoria da Argumentação Jurídica, que se destaca por ser a primeira grande aproximação da teoria discursiva de Habermas ao direito, muito antes da tão propagada virada jurídica do filósofo alemão. Na obra de Alexy também é possível

³⁹ Tradução livre do seguinte trecho: Thus, second-order correctness is a matter of balancing. This shows that balancing has a role to play not only in the creation and application of law, that is, in legal practice, but also at the very basis of law. It is a part of the nature of law.

encontrar o embrião daquilo que Alexy considera como sendo o conceito mais adequado para o direito bem como a famosa teoria dos princípios. Essa incursão é que faremos de modo breve a partir de agora

A principal tese defendida por Alexy em seu trabalho é que o direito é um caso especial da argumentação prática geral, em outras palavras, da argumentação moral, que se dá num ambiente discursivo. Isso faz dela uma teoria procedimental, como explica Trivisonno:

A defesa de uma ligação do Direito à moral, seja, como vimos, na conceituação do Direito ou no desenvolvimento de uma teoria da argumentação, só faria da teoria de Alexy uma teoria material se a moral por ele defendida fosse ou uma moral transcendente ou uma moral social. Em ambos os casos, a moral seria uma ordem material. [...] Quando porém se diz que o Direito só será se além de uma forma determinada tiver um conteúdo determinado, não se está pregando uma validade material. Se, porém, o conteúdo não for determinado através dessa comparação, mas pelo procedimento de produção da ordem, a validade não será nem material nem formal: ela será procedimental. (TRIVISONNO, 2007, p. 308/309)

Alexy explica que proposição normativa precisa estabelecer uma pretensão de correção que pode ser entendida nos seguintes termos:

O núcleo da fundamentação pragmático-universal das normas fundamentais do diálogo racional é formado pela tese de que todo falante une às suas manifestações as pretensões de inteligibilidade, veracidade, correção e verdade. Quem afirma um juízo de valor ou de dever formula uma pretensão de correção; pretende que sua afirmação seja fundamentável racionalmente. (ALEXY, 2011, p. 130)

De outro lado pretensão de correção nos discursos jurídicos se restringe a ideia de “fundamentalidade racional no âmbito da legislação vigente. A racionalidade da argumentação jurídica, na medida em que é determinada pela lei é por isso sempre relativa à racionalidade da legislação.” (ALEXY, 2011, p. 281) Desse modo a argumentação no direito é limitada não só pela legislação mas também pela dogmática e pelo precedente judicial.

Essa fundamentação é produzida por meio de um discurso que é “um conjunto de ações interconectadas nos quais se comprova a verdade ou correção das proposições.” (ALEXY, 2011, p. 179) Segundo Alexy se o discurso tratar da correção das proposições normativas será prático. As regras e formas do argumento prático geral podem ser resumidas da seguinte forma, ou seja, elas exigem determinadas características para que um discurso seja racional e prático geral, vejamos:

O sistema compreende regras que demandam não contradição, clareza de linguagem, confiabilidade das premissas empíricas, e sinceridade, bem como regras e formas que dizem respeito a consequências, ponderações, universabilidade, e a gênese de convicções normativas. O núcleo procedimental consiste de regras que garantem liberdade e igualdade no discurso para garantir a todos o direito de participar no discurso e o direito para questionar bem como para defender qualquer coisa e todas as afirmações.⁴⁰ (ALEXY, 2010, p. 172, tradução nossa)

Diante de todas as regras do discurso e suas limitações, em especial no direito, e ainda da existência proposições normativas discursivamente necessárias, como os direitos humanos para Alexy, e outras discursivamente impossíveis poderia se pensar que a margem de opção para a construção de proposições estaria fortemente restrita. Contudo é exatamente o contrário que ocorre, o âmbito do discursivamente possível é extremamente amplo, isso porque para a teoria do discurso não há uma única resposta fora do âmbito do discursivamente necessário ou impossível, sendo plenamente compatível dois juízos totalmente contraditórios:

Junto com o discursivamente necessário e o discursivamente impossível, existe, contudo, uma ampla margem do que é meramente discursivamente possível. Um juízo é meramente possível quando uma pessoa pode justificá-lo sem violar qualquer regra ou princípio do discurso, enquanto outra pessoa, ao mesmo tempo, pode fazer o mesmo com respeito ao contrário desse mesmo juízo. Nesse caso, a incompatibilidade dos juízos é sustentada por razões.⁴¹ (ALEXY, 2010, p. 172, tradução nossa)

Alexy para corroborar sua tese da pretensão de correção e a insuficiência das demais teorias, tanto o positivismo - em ambas versões - como as demais correntes do não positivismo, em entender e explicar corretamente o direito, ele liga a ideia de institucionalização da razão ao direito, que por sua vez se desdobra em dois aspectos: democracia e direitos fundamentais. A democracia deve ser entendida como “democracia deliberativa”, sendo exercida no âmbito da teoria do discurso:

⁴⁰ Tradução livre do seguinte trecho: This system comprises rules that demand non-contradiction, clarity of language, reliability of empirical premises, and sincerity, as well as rules and forms that speak to the consequences, and to balancing, universalizability, and the genesis of normative convictions. The procedural core consists of rules that guarantee freedom and equality in discourse by granting to everyone the right to participate in discourse and the right to question as well as to defend any and all assertions.

⁴¹ Tradução livre do seguinte trecho: Along with discursive necessity and discursive impossibility, there exists, however, a broad range of what is merely discursively possible. A judgment is merely discursively possible when one person can justify this judgment without violating any rule or principle of discourse, while another person, at the same time, can do the same with respect to the contradictory of this very judgment. In such a case, incompatible judgments are backed by reasons.

Democracia é o mais importante elemento do lado procedimental da institucionalização da razão. Democracia pode ser compreendida, ao mesmo, como um processo de decisão e um processo de argumentação. Decisão, nos moldes do princípio majoritário, é o lado real da democracia. Argumentação, como discurso público, é o lado ideal.⁴² (ALEXY, 2010, p. 177, tradução nossa)

Já no tocante aos direitos fundamentais a ligação que Alexy faz com a dimensão ideal é que eles seriam a positivação dos direitos humanos, estes por sua vez direitos morais, e essa transmutação seria a ligação entre a dimensão real e a ideal, com isso os direitos fundamentais seriam discursivamente necessários.

A visão de Alexy sobre a democracia é interessante, mas existem outras posições, no nosso caso Kelsen faz observações pertinentes. Para o autor austríaco a democracia deve ser entendida num contexto puramente formal, sem a existência de limites como quer Alexy. Um aprofundamento do conceito mais adequado de democracia e que repercussões ele teria na relação entre direito e moral não pode ser feita nesse trabalho.

A visão de Alexy sobre os direitos fundamentais se constitui num dos argumentos para a refutação do relativismo. Para o jurista alemão dois argumentos serviriam de base para contraditar, se não totalmente, pelo menos parcialmente, a tese do relativismo ético, seriam eles: um amplo consenso global sobre determinadas terminadas questões jurídicas, basicamente direitos humanos e a justificação e a refutação racional de determinadas ideias e práticas (ALEXY, 2009). A questão dos direitos fundamentais é assim descrita por Alexy:

Caso contrário [em considerar a questão da justificação racional], em relação à objeção do relativismo restará somente remeter - o que já é alguma coisa - à realidade de um consenso atualmente amplo, que, considerado em si mesmo, embora não seja uma refutação em sentido estrito, aproxima-se, como mencionado, de uma refutação no que diz respeito à prática jurídica. (ALEXY, 2009, p. 67)

Esse não me parece um bom argumento para se demonstrar a conexão do direito com a moral, para demonstrar o acerto da tese da conexão. Isso porque Alexy parece cair na falácia naturalística de se valer de um argumento empírico para refutar um argumento normativo, como explica o próprio Alexy ao criticar a Regra de

⁴²Tradução livre do seguinte trecho: Democracy is the most important element on the procedural side of the institutionalization of reason. Democracy can be conceived, at the same time, as a decision procedure and as an argumentation procedure. Decision, along the lines of the majority principle, is the real side of democracy. Argumentation, as public discourse, is its ideal side.

Reconhecimento de Hart (2009, p.147) daquilo que se faz não pode extrair aquilo que se deve fazer. No caso, a tese da conexão não pode acentuar sua correção no fato da aparente refutação da tese do relativismo em termos práticos.

E mesmo do ponto de vista prático os direitos humanos não são uma refutação razoável a tese do relativismo. Os direitos humanos são, feliz ou infelizmente, uma questão de escolha e não de imposição lógica. A sua utilidade é basicamente prática o que não indica, necessariamente sua correção. No atual momento é mais vantajoso para a humanidade em geral adotar o discurso dos direitos humanos e de certo modo sua prática. Num momento futuro pode não ser. E a história nos mostra bem que isso é plenamente possível.

3.3 Não positivismo exclusivo

O não positivismo exclusivo pode ser entendido como uma corrente que defende que a conexão entre direito e moral para além da conexão teórica possui uma decisiva importância prática, ou em outras palavras, um demérito moral também se constitui num demérito jurídico que vale a invalidade da norma jurídica.

Assim a violação de uma norma moral torna-se a violação de uma norma jurídica, haveria então uma total compatibilidade entre o conteúdo do direito e o conteúdo da moral. Para essa corrente uma norma jurídica que viola a moral não pode ser aplicada. Alexy aponta Beleyweld e Brownsword como representantes dessa corrente:

A primeira posição, de acordo com a qual todo defeito moral leva a invalidade jurídica, é a mais radical dos não positivismos, e é raramente encontrado na literatura. Essa posição pode ser caracterizada como “não positivismo exclusivo” a fim de expressar a ideia de que o defeito moral é considerado como excluindo os fatos sociais das fontes da validade jurídica. ⁴³ (ALEXY, 2008, p. 287, tradução nossa)

Ou como afirmam os próprios autores “regras que conflitam com o direito natural são imorais, então regras imorais não podem ser leis”⁴⁴ (Beyleveld and

⁴³ Tradução livre do seguinte trecho: The first position, according to which every moral defect yields legal invalidity, is the most radical version of non-positivism, and it is only rarely found in the literature. This position might be characterized as “exclusive non-positivism” in order to express the idea that each moral defect is considered as excluding social facts from the sources of legal validity.

⁴⁴ Tradução livre do seguinte trecho: [...]rules wich conflict wich natural law are immoral, so immoral rules cannot be laws.

Brownsword 1994, p. 13, tradução nossa) e a interpretação correta dessa afirmação seria no sentido de que a conformidade com os “requisitos morais essenciais” (EMR) é requerida pela validade jurídica independente desses requisitos serem ou não a essência de seu modo de realização. (Beyleveld and Brownsword 1994)

Em termos mais extensos no sentido dos efeitos dessa afirmação na validade jurídica:

Nós temos apresentado a Teoria do Direito Natural como uma abordagem que contesta a Tese da Separação, assim entendida, em resumo, que há uma conexão necessária entre direito e moralidade, num nível mais concreto, que a regra X não é legalmente válida a menos que seja coerente com os EMR (requisitos morais essenciais). Isso segue, então, que nossa especificação da Teoria do Direito Natural nos compromete para uma declaração específica de efeitos variáveis, nomeadamente, que os efeitos da inconsistência com os EMR (requisitos morais essenciais) resulta no o fenômeno do ilegal ou legalmente inválido.⁴⁵ (BEYLEVELD/BROWNSWORD 1994, p. 11, tradução nossa)

Para basear sua afirmação Beyleveld e Brownsword constroem a ideia de “requisitos morais essenciais”. Para eles a legalidade já deve incluir alguns desses requisitos, contudo isso não indica que a Teoria do Direito Natural seja estanque em face de sua abordagem sobre a legalidade “pelo contrário, embora a Teoria do Direito Natural insista que a moral incide necessariamente sobre a legalidade, esta declaração elíptica permite variações consideráveis dentro do modelo do direito natural”.⁴⁶ (BEYLEVELD/BROWNSWORD, 1994, p. 11, tradução nossa)

Existiriam seis variações que podem ser construídas dentro dos “requisitos morais essenciais”, que diriam respeito aos efeitos; a matéria; ao alcance; ao nível; a forma e abrangência. Os efeitos são de invalidade das normas em caso de conflito com os “requisitos morais essenciais” como vimos acima. No tocante à matéria se estabelece a questão de diversas variações e possibilidades para os princípios substantivos. O alcance indica que os requisitos morais essenciais “tem um alcance

⁴⁵ Tradução livre do seguinte trecho: We have presented Natural-Law Theory as an approach which contests the Separation Thesis, thereby holding, in the abstract, that there is a necessary conceptual connection between law and morality and, at a more concrete level, that rule X is not legally valid unless it is consistent with the EMR. It follows, then, that on our specification of Natural-Law Theory we have committed ourselves to a particular statement of the effect variable, namely, that the effect of inconsistency with the EMR is to render the phenomenon illegal/legally invalid.

⁴⁶ Tradução livre do seguinte trecho: This is not suggest, however, that Natural-Law Theory has a monolithic form wich allows for no variation in its approach to lgalality. On the contrary, although Natural-Law Theory insists that morality necessarily impinges on legality, this eliptical statement allows for considerable variation within the nature-law model.

amplo ou restrito em relação à totalidade das operações dentro da ordem jurídica”.⁴⁷ (BEYLEVELD/BROWNSWORD, 1994, p. 12, tradução nossa)

Temos ainda o nível que o EMR pode trabalhar tanto com procedimento quanto com matéria. A forma que na versão do direito natural defendida por Beyleweld e Brownsword se constitui no modo de aquisição, a indicar sozinho a legalidade das regras e também com a forma crítica para fins práticos. Por fim a abrangência diz respeito a abertura que é atingida pelo alcance e nível das variações morais. (BEYLEVELD/BROWNSWORD, 1994)

Essa corrente deposita no terceiro elemento que Alexy faz referência, o da dimensão moral, uma força extraordinária. Os demais elementos, legalidade conforme o ordenamento e eficácia social já estariam contidos na dimensão ideal. Os elementos factuais possuem peso diminuto ou praticamente nulo, pois em caso de conflito sempre prevalece a dimensão moral. Assim a dimensão factual teria função quase que decorativa. Isso faz da posição de Beyleweld e Brownsword é mais radical dentre os defensores do não positivismo, como Alexy afirma:

O não positivismo pode determinar o efeito na validade jurídica que decorre da inconsistência do direito com os princípios morais de três diferentes modos. A questão, em outras palavras, se refere aos efeitos dos defeitos morais na validade jurídica. Pode ser o caso que a validade não seja afetada de modo algum, ou que a validade jurídica é perdida somente em alguns casos, ou que ela é perdida em todos os casos. Beyleweld e Brownsword surgem para defender a terceira posição, a posição mais radical do não positivismo.⁴⁸ (ALEXY, 2006, p. 170, tradução nossa)

Mas se como querem Beyleweld e Brownsword a legalidade já está contida na formulação dos “requisitos morais essenciais” a idealização da dimensão moral parece fazer com que a dimensão real se esfarele a ponto de perder totalmente o sentido e a função.

Como destaca Alexy eles discutem a existência de uma teoria da limitação com base na qual a dentro da obrigação moral estaria compreendido a obediência a normas jurídicas inválidas, posição do não positivismo superinclusivo, notadamente de Kant como vimos.

⁴⁷ Tradução livre do seguinte trecho: [...] has a broad or narrow compass relative to the totality of operations within legal order

⁴⁸ Tradução livre do seguinte trecho: Non-positivism can determine the effect on legal validity that stems from the inconsistency of law with moral principles in any of three different ways. The question, in other words, pertains to the effects of moral defects on legal validity. It might be the case that legal validity is affected in no way at all, or that legal validity is lost in some cases, or that it is lost in all cases. Beyleweld and Brownsword appear to argue for the third position, the most radical non-positivist position.

Como lança Alexy, a fundamentação do direito em Beyleveld e Brownsword, que seguem basicamente a teoria de Gewirth, concorda com a teoria do discurso no que diz respeito ao fato da prática precisar de um ponto de partida e a necessidade de se justificar os direitos humanos mas apresenta três importantes diferenças; a natureza do ponto de partida, a estrutura do argumento e o caráter do resultado. (ALEXY, 2006)

Na comparação com teorias que se baseiam na teoria do discurso como a de Brandom e a sua, Alexy afirma que a proposta deles tem uma vantagem clara:

A diferença, em resumo, é a diferença entre ação e argumento. Agora, o mais seguro ou necessário do seu ponto de partida, o melhor é o argumento transcendental. Aqui Beyleveld e Brownsword tem uma clara vantagem. É muito mais difícil evitar uma ação intencional do que evitar um argumento. Uma vida sem aduzir argumentos pode, talvez ser possível, enquanto que é difícil conceber uma vida sem ação intencional.⁴⁹ (ALEXY, 2006, p. 174, tradução nossa)

No tocante a estrutura do argumento Beyleveld e Brownsword afirmam basicamente que seu princípio moral supremo é necessário do ponto de vista lógico. Beyleveld e Brownsword adotam o argumento de Gewirth no sentido de que o “princípio da consistência genérica” seria dialeticamente necessário e com isso “o PGC é o princípio supremo não somente de todas as prescrições que tem, em relação à definição de Gewirth de moralidade, a qualidade de ser prescrições morais, mas de todas as normas e regras direcionadas à ação.”⁵⁰ (BEYLEVELD/BROWNSWORD, 2001, p. 76, tradução nossa)

Já em face do resultado Beyleveld e Brownsword também defendem o princípio da consistência genérica, elaborado por Gewirth. Esse princípio seria formulado da seguinte forma:

O PGC é o princípio moral supremo. *Todo* agente, sob pena de contradizer o seu estatuto como um agente e a conseqüente irracionalidade, deve aceitar o PGC como diretor de todas as suas ações interpessoais. O PGC é um princípio a que cada agente está logicamente comprometido,

⁴⁹ Tradução livre do seguinte trecho: The difference, in short, is the difference between action and argument. Now, the more secure or necessary its starting point, the better the transcendental argument is. Here Beyleveld and Brownsword have a clear advantage. It is far more difficult to avoid intentional action than to avoid argument. A life without adducing arguments might, perhaps, be possible, whereas it is difficult to conceive of a life without intentional action.

⁵⁰ Tradução livre do seguinte trecho: If Gewirth's argument for the dialectical necessity of the PGC is valid, then the PGC is the supreme principle not only of all the prescriptions that have, in relation to Gewirth's definition of morality, the quality of being moral prescriptions, but of all norms or rules directed at action.

independentemente de seus efeitos, do que na verdade acontece com ele, a pensar no que é bom ou correto (em ambos os sentidos morais ou amorais), simplesmente por conceber a si mesmo como um potencial agente com propósitos.⁵¹ (BEYLEVELD/BROWNSWORD, 1994, p. 133, grifos dos autores, tradução nossa)

Assim, todas as ações moralmente obrigatórias seriam requeridas pelo PGC mas não só, também as ações moralmente erradas estão em contradição com esse princípio (BEYLEVELD/BROWNSWORD, 1994), ou seja, tudo passa pelo PGC.

Como destaca Alexy, todo o conteúdo do direito seria derivado do princípio supremo. A grande questão, como mais uma vez expõe Alexy, é a justificação das ideias de Gewirth, nas quais se baseiam, num ambiente não discursivo:

O conjunto dos membros do mundo moral não estão, contudo, implicados pela habilidade de se engajar numa ação intencional. A moral tem de ser adicionada ao instrumental; e isso não está contido nela. A adição não pode ser alcançada pelo significado da análise do conceito de ação instrumental, mas somente pela análise do que significa fazer uma afirmação, fazer uma pergunta, e dar uma razão - em resumo, por uma análise da ação comunicativa ou discurso. Essa é a principal razão para preferir a teoria do discurso a uma abordagem orientada pelo argumento de Gewirth.⁵² (ALEXY, 2006, p. 177/178, tradução nossa)

As consequências práticas dessa posição para o direito são, como vimos, drásticas, pois ao contrário da pretensão de correção em Alexy que seria minimamente preenchida por todos os sistemas jurídicos, a posição de Beyleveld e Brownsword levaria ao colapso a quase totalidade dos sistemas jurídicos hoje vigentes. Isso porque o critério que estabelecem para que as normas jurídicas sejam consideradas válidas é muito forte, no sentido de se constituir numa exigência difícil de ser alcançada.

Ao que parece que a proposta de Gewirth é de uma moral absoluta que impele no sentido de uma ação moral, estaríamos necessariamente obrigados, pelo PGC, a pensar no sentido do bom e do correto. Aí voltamos então ao problema apontado pelo

⁵¹ Tradução livre do seguinte trecho: The PGC is *the* supreme moral principal. *Every* agent, on pain of contradicting his status as an agent and hence of irrationality, must accept the PGC as governing all his interpersonal actions. The PGC is a principle to which every agent is logically committed, irrespective of his purposes, of what he actually happens to think is good or right (in either moral or amoral senses), simply by conceiving of himself as a prospective agent with purposes.

⁵² Tradução livre do seguinte trecho: Membership of the moral world is not, however, entailed by the ability to engage in purposive action. The moral has to be added to the instrumental; it is not already contained in it. This addition cannot be achieved by means of an analysis of the concept of instrumental action, but only by an analysis of what it means to make an assertion, to ask a question, and to give a reason—in short, by an analysis of communicative action or discourse. This is my main reason for preferring discourse theory to an approach oriented toward Gewirth's argument.

relativismo filosófico. Como seria possível determinar o conteúdo da igualdade e do bem estar no Brasil que possui concepções culturais diferentes e em especial. No fim das contas a proposta de Beyleveld e Brownsword é um retorno inaceitável ao jusnaturalismo com uma pitada de exagero que os próprios jusnaturalistas jamais tiveram coragem de defender.

É provável que a objeção ao relativismo filosófico seja bem resolvida dentro de teorias discursivas, mas não cremos que alternativas não discursivas, num mundo plural e multicultural, possam responder de forma adequada a ponto de justificar a invalidade de normas jurídicas baseando-se numa moral como a exótica proposta de Gewirth encampada por Beyleveld e Brownsword.

4. CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DAS INCURSÕES TEÓRICAS

Nos parece que a suposta fraqueza do positivismo é na verdade sua força. A desfiliação ideológica ou de cunho moral em face do Direito, em especial do direito positivo, o coloca numa posição privilegiada para uma crítica isenta do conteúdo do direito, com base em elementos outros, como por exemplo uma avaliação de natureza moral/racional.

Nessa parte do trabalho tentaremos demonstrar as consequências práticas de adoção de uma ou outra das correntes discutidas nos capítulos anteriores. Para isso analisaremos sua posição em relação ao direito de resistência e como a relação entre Direito e Moral é tratada numa decisão judicial.

Do ponto de vista prático a questão do direito de resistir a uma ordem injusta parece se constituir num ponto de vista importante para a análise das teorias anteriormente expostas.

A possibilidade de resistir a uma ordem injusta parece ser compatível com a postura positivista do relativismo ético, ou num sentido contrário, um dever absoluto de obediência a ordem jurídica não é compatível tanto com o positivismo exclusivo como com o inclusivo. E assim diz Bobbio sobre a versão moderada do positivismo ético:

“[...] o direito é um meio (em termos kelsenianos, uma técnica de organizada social) que serve para realizar um determinado bem, a ordem da sociedade, com a consequência de que, se desejamos tal bem, devemos obedecer ao direito. Porém, a versão moderada não diz que a ordem seja o valor supremo; se, num determinado momento histórico, um certo valor parece superior à ordem existente e com ela contrastante, pode-se então romper a ordem (mediante um movimento revolucionário) para realizar tal valor.” (BOBBIO, 1999, p. 232)

Do fundamento de validade do direito puramente formal segue que não se pode obrigar ao cumprimento de uma determinada norma por razões extra jurídicas:

Aponta-se, assim, a *irredutível diferença* entre a validade formal do direito (ameaça de penalidade em caso de desobediência) e o eventual dever moral e/ou político de obediência que depende de razões e ponderações pessoais e não da validade formal. Essa distinção retoma o clássico tópico da diferença entre legalidade e legitimidade, insistindo na diferenciação teórica e prática entre norma válida e norma aceita. (DIIMOULIS, 2006, p. 269, grifos do autor)

A questão também pode se dar num sentido negativo, por não haver dever de

obediência irrestrita a ordem jurídica segue a possibilidade de descumprimento de sua ordem. Como explica Dimoulis a postura positivista se constitui superior ao moralismo jurídico:

Condicionando a obediência à avaliação do próprio interessado, o PJ *strictu sensu* mostra-se superior ao moralismo que afirma que devemos sempre obedecer ao direito e, dessa forma, legitima a atuação das autoridades estatais, apresentadas como depositários da moral. O PJ *strictu sensu* considera que, para poder criticar o direito positivo, é necessário saber o que esse direito estabelece. (DIMOULIS, 2006, p. 269, grifos do autor)

No âmbito do positivismo inclusivo fica claro que a existência do direito de resistência não é um direito no sentido comumente atribuído, não é, portanto, um direito jurídico e sim um “direito moral”. A distinção entre right e law na língua inglesa auxilia no entendimento desse ponto.

Também haverá diferentes requisitos como a formulação de querer dar ao indivíduo um dever moral ou simplesmente um direito moral de se opor ao direito vigente. Nem a violação primária do direito e as aplicações das sanções impostas pelo Estado, por causa dessa violação, pode ser moralmente avaliados da mesma maneira. Naturalmente, não menos importante, possui também relevância - como já se deu a entender - que a medida em que a respectiva ordem jurídica satisfaz, em seus fundamentos, exigências morais, especialmente na medida em que concede ao indivíduo uma oportunidade para lutar politicamente para a alteração das leis consideradas falsas.⁵³ (HOERSTER, 2000, p. 157/158, tradução nossa)

Os teóricos do direito natural, que em sua maioria podem ser classificados como não positivistas superinclusivos, por entender que o direito natural é superior ao direito positivo deveriam também, como consequência lógica, defender que o direito positivo que contrariasse o direito natural não deveria ser obedecido. Contudo, como destaca Trivisano não foi esse o caminho escolhido:

Essa tradição, que como afirma Radbruch (1997:25), começa na Grécia antiga e vai até o século XIX, deveria implicar que um direito positivo inválido, ou seja, aquele que não reflete o direito natural, não deve ser obedecido. Mas os filósofos do direito natural, de modo geral, não chegaram a essa conclusão. Portanto, parece que a tradição ocidental acolheu a tese da superioridade do direito natural sobre o direito positivo, defendido por

⁵³ También habrá que formular diferentes exigencias según se desee conceder al individuo un *deber* moral o simplemente un *derecho* moral de oponerse al derecho vigente. Tampoco la violación primaria del derecho y la huida de las sanciones impuestas por el Estado a causa de esta violación pueden sin más ser valoradas moralmente de la misma manera. Naturalmente, no en último término, tiene también relevancia – como ya se insinuara – la medida em que el respectivo orden jurídico satisface, em sus fundamentos, exigencias morales, especialmente hasta qué punto otorga al individuo una oportunidad de luchar politicamente por la modificación de aquellas leyes que considera falsas.⁵³ (HOERSTER, 2000, p. 157/158)

Antígona, mas não sua defesa do direito de desobedecê-lo. (TRIVISONNO, 2009, p. 564)

A posição de Kant é severa no sentido de afirmar a impossibilidade de resistir a uma norma jurídica que estiver em desacordo com o direito natural, no seu caso com o imperativo categórico, que implica concordância potencial de todos segundo o critério da universalidade. Para Kant o povo não pode resistir a uma ordem injusta pois isso faria dele soberano no lugar do soberano, por deter a última palavra em termos de validade das normas jurídicas, assim o súdito passaria a soberano. Nas palavras de Kant:

Pois que para estar para tal capacitado teria que existir uma lei pública que autorizasse esta resistência do povo, quer dizer, que a legislação suprema contivesse uma determinação de acordo com a qual não fosse suprema e convertesse o povo como súdito, num e no mesmo juízo, em soberano daquele a que está submetido. (KANT, 2005, p. 190/191)

Trivisonno extrai bem a essência do pensamento de Kant sobre o tema, que está intimamente ligada a sua visão de autor contratualista na qual temos o dever moral de nos unir numa sociedade civil, pois:

A razão que Kant apresenta para não aceitar coação contra a autoridade é aquela já apresentada em *Teoria e Prática*, a saber, se existisse um direito de resistir ao comandante supremo, ele não seria o comandante supremo, pois o comandante supremo aquele que é capaz de resistir a ele, e isso é contraditório (RL VI, 319; 2003, 162) Algumas linhas depois ele apresenta novamente o argumento: para que as pessoas tivessem o direito de se opor à autoridade superior, deveria haver uma autorização conferida pelo direito público (TRIVISONNO, 2009, p. 570 - grifos do autor)

Sobre o tema Korsgaard explica que o cerne da questão se liga ao fato do governo ser o representante da vontade geral e com isso todas as suas decisões são consideradas como a expressão da vontade geral. Dessa forma “revoltar-se, quando isso significar se opor às decisões do governo, é portanto opor-se à vontade geral. E opor-se à vontade geral é dissolver a condição jurídica entre os seres humanos e, assim, retornar ao Estado de natureza.” (KORSGAARD, 2009, p. 544)

Sobre uma passagem de Kant presente em *Teoria e Prática* Trivisonno sustenta uma visão diferente da de Westphal (2009), para quem Kant teria pregado, pelo menos em alguns textos, que a apenas a lei legítima deveria ser obedecida:

A meu ver, quando Kant diz que “Mas se uma lei pública é conforme a este último, por conseguinte, irrepreensível no tocante ao direito, então, está-lhe

também ligada a autoridade para constranger e, por outro lado, a proibição de se opor à vontade do legislador”, ele *não* quer dizer *apenas as leis com as quais todos os cidadãos possam concordar* são legítimas e que *apenas a tais leis não se pode dizer oposição*, mas sim que *apenas leis com as quais todos os cidadãos possam concordar* são legítimas e *a tais leis não se pode fazer oposição*. [...] Eu entendo que o que Kant realmente quis dizer em *Teoria e Prática* é que, embora leis legítimas sejam apenas aquelas que podem ser aceitas por todos os cidadãos, é legítimo impor uma lei ilegítima. (TRIVISONNO, 2009, p. 568 - grifos do autor)

Parece assistir razão a Westphal que atribui a inadequação da teoria da divisão de poderes de Kant como grande responsável pela visão radical de obediência ao soberano, pois:

Kant pode ser culpado por claramente deixar de reconhecer a possibilidade de uma constituição ou um conjunto de instituições legais serem soberanas, pois esse conceito de soberania foi estabelecido pelas Revoluções Francesa e Americana que ele tanto admirava. (WESTPHAL, 2009, p. 509)

Ainda sobre a divisão de poderes de Kant um problema importante se constitui na impossibilidade de responsabilização do soberano que se deve “ao fato de ele não ter considerado um sistema de freios e contrapesos, nem uma competência judicial que se estendesse a julgar membros do executivo por tirania”. (WESTPHAL, 2009, p. 510)

Por parte do parlamento ainda seria possível uma resistência pacífica em face do Executivo que determinasse uma norma injusta mas ao povo nenhuma ação de contrariedade a norma seria permitida:

Contra a suprema autoridade legisladora do Estado não há, portanto, resistência legítima do povo; pois que só mediante submissão a uma vontade universalmente legisladora se torna possível um estado jurídico; não existe, portanto, nenhum direito de sedição (*seditio*), ainda menos de rebelião (*rebellio*), e muito menos o direito de atentar contra a sua pessoa (como monarca), inclusivamente contra a sua própria vida (*monarchomachismus sub specie tyrannidii*), sob o pretexto de abuso de seu poder (*tyrannis*). (KANT, 2005, p. 190, grifos do autor)

Kant explica que a modo de reforma das decisões que possam ser consideradas ilegítimas é por meio do parlamento, ou seja, pelo processo ordinário de criação e modificação de leis e nunca pelo modo irracional e abrupto da revolução:

Uma mudança da Constituição política (defeituosa), que por vezes pode muito bem ser necessária, só pelo próprio soberano pode ser introduzida, mediante reforma, e não pelo povo, mediante revolução, portanto; e se tem lugar, uma tal mudança só pode afectar o poder executivo, não o poder legislativo. – Numa Constituição política elaborada de tal modo que o povo

mediante os seus representantes (no parlamento) pode legalmente opor resistência ao poder executivo e ao representante (ao ministro). (KANT, 2005, p. 192/193)

A impossibilidade de revolução em Kant fica mais clara no momento em que nos deparamos com a ideia que ele possui dela, demonstrando que seus efeitos poderiam ser potencialmente mais danosos que positivos. Nesse sentido, Caygill, afirma que:

Embora em RPE [Resposta à pergunta: “O que é esclarecimento?”], Kant veja a revolução como pondo, potencialmente, “um fim ao despotismo autocrático e à opressão rapace a ávida de poder” (p. 36, p. 55), também a considerou uma fonte potencial de novos preconceitos que, “como aqueles que substituíram, servirão como trela para controlar a grande massa não pensante” (ibid.). Para a mudança social e a expansão do pensamento esclarecido, ele não deposita a fé na mudança institucional mas no desenvolvimento de um público esclarecido e de uma verdadeira reforma no pensamento. (CAYGILL, 1995, p. 281/282)

No conceito de revolução fornecido por Abbagnano fica claro seu caráter de radicalidade, que consideramos ser uma das razões da postura de Kant:

Revolução. Violenta e rápida destruição de um regime político, ou mudança radical. Neste segundo sentido fala-se de “R. filosófica”, “artística”, “literária”, “dos costumes”, etc., ou também de “R. copernicana”. Mas está claro que, neste sentido, o uso da palavra visa somente ressaltar a importância da mudança ocorrida, e não tem significado preciso. O único significado preciso do termo é o político, que teve início no séc. XVIII. R. propriamente ditas foram a inglesa, a americana, a francesa e a russa, mas às vezes são também chamadas de R. transformações políticas que tiveram menor importância na história geral do mundo, apesar de serem marcos fundamentais na história de determinado país. (ABBAGNANO, 1998, p. 858)

Trivisonno explica e aponta duas justificativas kantianas a fundamentar sua posição de impossibilidade radical de resistir a uma ordem ilegítima. A primeira delas seria que nenhuma resistência poderia ser estabelecida pelo povo mesmo que a autoridade seja ilegítima, a segunda seria a necessidade de cumprir uma ordem, mesmo que ilegítima. (TRIVISONNO, 2009) Dessa forma, para Kant, o povo jamais poderia se opor:

Logo o que Kant acreditava era que *o povo não pode nunca se opor à autoridade do governante, mas que o poder legislativo, que é, de acordo com ele, a fonte do poder do governante, poderia se opor a ela, não de forma coativa, mas apenas passivamente, no parlamento.* (TRIVISONNO, 2009, p. 572 - grifos do autor)

Essa possibilidade de resistência apenas pacífica exercida pelo parlamento,

apenas de reprovação moral externalizada, seria a única forma do povo, por meio dos seus representantes, enfrentar uma decisão ilegítima emanada do poder executivo. Nas palavras de Kant, fica claro que a resistência ativa não é admissível:

[...] Não está, contudo, permitida a resistência activa (do povo arbitrariamente unido para coagir o governo a uma determinada acção ou seja, para realizar ele próprio um acto do poder executivo), mas tão-somente uma resistência negativa, isto é, a recusa do povo (no parlamento) em dar sempre a sua anuência às exigências que o governo apresenta como necessárias para a administração do Estado. (KANT, 2005, p. 193/194)

Essa posição de Kant é considerada contraditória por diversos autores (KOORSGARD, 2009; TRIVISONNO, 2009; WESTPHAL, 2009). Para Trivisonno há uma contradição entre a coação exercida em nome de uma lei injusta e o princípio do direito, que como vimos se constitui na coexistência de liberdade mediante uma lei universal:

Portanto, o princípio do direito não admite qualquer tipo de coação, mas apenas a coação que se opõe a um empecilho à liberdade em concordância com leis universais. Ora, uma lei ilegítima é aquela em que a coação interfere em um certo uso da liberdade que *não* é um empecilho à liberdade em concordância com leis universais. Portanto, a coação, em tais casos, é inconsistente com o princípio do direito e, logo, ilegítima! (TRIVISONNO, 2009, p. 575 - grifos do autor)

A questão central é saber se a proibição de se revoltar contra uma ordem do soberano é de ordem moral ou legal pois “caso fosse uma proibição legal, poderia haver um direito moral de se rebelar que iria superar a proibição legal contrária.” (WESTPHAL, 2009, p. 499). Na visão de Westphal a proibição é moral, fato que enfraquece a tese de Trivisonno exposta acima, porque uma eventual divergência com o princípio do direito não seria relevante, ou talvez nem existisse, se houvesse uma concordância com a moral da qual deriva o princípio do direito. Vejamos a passagem de Westphal:

Amplos fundamentos, entretanto, tornam claro que o argumento de Kant contra a revolução é moral. Kant sustenta que a teoria política é um corolário direto da teoria ética, e ele expressamente defende que todos os deveres, enquanto deveres, “pertencem à ética”. O argumento de Kant a favor da integração à sociedade civil é um argumento moral. Uma vez que a rebelião iria destruir esta consequência moral (viz., filiação a uma sociedade civil), a proibição que Kant afirma aqui deve ser entendida como uma proibição moral. (WESTPHAL, 2009, p. 499)

Em Kant o dever de obediência ao direito possui tanto um aspecto de dever de

direito, enquanto um dever que pode ser coagido, quanto um aspecto de dever de virtude, pois deve-se cumprir o direito.

Diante dos problemas que a defesa de Kant de uma obediência absoluta à autoridade traz para sua teoria Trivisonno apresenta uma possibilidade de interpretação, que seria mais coerente com a teoria elaborada pelo próprio Kant:

Uma solução consistente, de acordo com uma teoria moral baseada na autonomia, seria que, já que os cidadãos se sujeitam às leis que eles próprios criam, apenas as leis que possuem sua concordância são legítimas e, portanto, apenas elas deveriam ser obedecidas. Leis positivas ilegítimas não são realmente leis; elas são máximas que não passam no teste de universalização, isto é, elas não podem ser queridas como universais. Kant conclui *apenas* que as leis que não tem concordância geral dos cidadãos são ilegítimas, mas ele não defender que os cidadãos podem a ela se opor. (TRIVISONNO, 2009, p. 570 – grifos do autor)

Korsgaard também acentua a incongruência da obediência absoluta à autoridade defendida por Kant e sua teoria. Seu argumento também foca na autonomia, como sua ideia deveria resultar numa proposta diferente da de Kant sobre a revolução:

Mas, em alguns caos, o respeito pela autonomia ou o respeito pelo império da lei podem se voltar contra eles mesmos. Quando a autonomia é usada de forma autodestrutiva, e a lei se volta contra os direitos que ela existe para proteger, a moralidade deixa de nos dar direções claras sobre como proceder. As pretensões de direito permanecem claras, mas as exigências da virtude se tornam ambíguas. Em tais casos, pessoas boas podem fazer coisas que são, em uma sentido bastante claro, erradas. Em tais momentos, a pessoa virtuosa pode descobrir que ela deve tomar a moralidade em si sob sua própria proteção e, assim, tomar mesmo a lei moral em nossas próprias mãos. (KORSGAARD, 2009, p. 561, grifos do autor)

Os não positivistas inclusivos em geral e em especial Kant⁵⁴ parecem ter levado muito a sério à manutenção da ordem e da própria sociedade civil ao alçarem a impossibilidade de resistir a uma ordem injusta às últimas consequências. Com isso a conexão entre direito e moral que pregam perde muito do seu sentido e a há um enfraquecimento da função prática.

E pior, a obrigação moral de obediência ao direito pode legitimar uma ordem injusta fato que se constitui numa forte contradição com a tese da vinculação

⁵⁴ Na observação aclaratória aos princípios metafísicos da doutrina do direito que se constitui num aditamento da Doutrina do Direito, presente na Metafísica dos Costumes, Kant parece ter elaborado uma atenuação de sua posição ao estabelecer que a obediência a autoridade está condicionada a uma não contradição com aquilo que é intrinsecamente moral. Contudo passagem não é clara e Kant não indica o que poderia ser intrinsecamente moral. Ver. KANT, Immanuel. A metafísica dos costumes. 2. ed. rev. Porto: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 270.

defendida por essa corrente. Do ponto de vista teórico um sistema jurídico não pode ser injusto mas do ponto de vista prático se esse sistema idealmente justo for, em verdade, completamente corrompido, nada pode ser seja do ponto de vista do direito como do ponto de vista da moral.

Korsgaard ainda destaca os riscos da injustiça que adquire contornos ainda mais dramáticos quando se trata de uma injustiça legal, quando o aparato estatal que deveria proteger e garantir direitos e liberdades serve exatamente para violar e massacrar esses direitos:

A justiça existe para preservar os direitos e a liberdade de todos: essa é a ideia e o ideal substantivo da justiça. Mas todos nós sabemos que os procedimentos da justiça podem ser usadas *contra esses próprios fins*. A África do Sul do *apartheid* nos horrorizou mais, talvez, que despotismos mais flagrantes, por causa de suas formas externas de legalidade, sua caricatura de uma moderna democracia ocidental. [...] Os poderes da justiça são usados para reforçar a injustiça; e o que deveria ser o recurso dos oprimidos é a própria ferramenta do opressor. Em tais casos, a justiça é colocada contra si mesma, pervertida; os direitos humanos precisam de proteção contra a própria lei (KORSGAARD, 2009, p. 554)

Do ponto de vista teórico não desconhecemos a importância de Kant, como precursor da ideia de universalização, base do fundamento procedimental do direito, como da teoria do discurso, por exemplo. E ainda mais interessante se considerarmos como correta a tese de Trivisonno de que Kant teria superado o positivismo antes mesmo da existência do próprio positivismo, com a adoção de um fundamento procedimental com a presença de um certo senso de adequação. O que depõe decisivamente contra Kant é a perspectiva prática, a consequência de uma violação da moral por uma norma jurídica.

Em relação ao não positivismo inclusivo a diferença prática é muito clara. Como vimos em caso de injustiça extrema a lei não pode ser aplicada. Alexy tem razão ao afirmar que quanto mais extrema a injustiça mais facilmente a identificaremos e também haverá um maior consenso quanto ao seu caráter de injusto. Casos como os da Alemanha nazista e do *apartheid* na África do Sul são exemplos disso. Contudo a grande maioria dos casos é nebulosa ou então a fórmula da injustiça extrema, corolário da visão não positivista inclusiva de Alexy, teria aplicação muito estreita ou restrita.

A definição do que seria uma injustiça extrema pode variar de acordo com a época e o lugar mas certamente os direitos humanos são um bom parâmetro para a

injustiça extrema. Práticas reiteradas de violações a direitos humanos podem perfeitamente serem consideradas injustiça extrema.

No âmbito do não positivismo exclusivo a questão também é razoavelmente clara, podendo ser extraída da própria essência da teoria. Isso porque a possibilidade de resistir a uma ordem injusta é corolário lógico da forte conexão entre direito e moral adotada por essa corrente. Em virtude de qualquer defeito moral implicar invalidade jurídica tem-se que uma grande número de normas acabaria perdendo sua condição jurídica.

No atual estágio de desenvolvimento dos direitos humanos em escala global, com a incorporação clara de vários princípios e diretrizes defendidas por autores jusnaturalistas, como dignidade humana, liberdade, igualdade, um conceito de direito não positivista pode mais atrapalhar do que ajudar. Explico: os ganhos que poderiam ser conseguidos com o uso da argumentação moral e a eventual não aplicação de determinada legislação decorrente dela talvez se façam desnecessários tendo em vista a previsão legal, seja em ordenamentos nacionais ou supranacionais de medidas positivadas no sentido de coibir ou eliminar determinadas práticas. E isso serve não só para o não positivismo inclusivo como também para o não positivismo em geral.

No ordenamento jurídico brasileiro atual não há espaço para uma injustiça extrema que não possa ser coibida por ferramentas determinadas pelo próprio sistema jurídico. O sistema comunitário europeu e latino americano de proteção dos direitos humanos tem indicações no mesmo sentido.

Outra questão importante a ser levantada é se existe e existindo qual a diferença, na atividade jurídica cotidiana, entre as correntes positivistas e as correntes não positivistas. A ideia é perceber se há diferença na atividade jurídica caso o aplicador da norma adote uma postura próxima a essa ou aquela corrente. Se o quadro decisório modifica se o julgador considera que há uma conexão necessária do direito com a moral ou se considera que essa conexão não existe.

Para isso analisaremos uma decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) como representativa de como a relação entre direito e moral é discutida na corte. Verificaremos se algum dos Ministros faz uso implícito ou explícito de argumentos morais e em qual ou quais correntes estudadas esses argumento melhor se encaixam, ou se o eventual uso não pode ser classificado.

Uma contextualização inicial do caso é necessário para depois adentrarmos na análise específica da relação entre direito e moral discutida pelos Ministros na

fundamentação de seus votos. Trata-se de ação de direta de inconstitucionalidade (ADI 4277) ajuizada pela PGR (procuradoria geral da república) inicialmente como ADPF (ação por descumprimento de preceito fundamental), que fora recebida parcialmente pelo plenário do STF como ADI. O objetivo da ação era que fosse aplicado o regime jurídico das uniões estáveis às uniões homoafetivas.

O plenário decidiu pela procedência da ação declarando a união homoafetiva como equivalente à união estável heteroafetiva, baseando-se em uma série de argumentos, entre eles a impossibilidade de estabelecimento de discriminação a regulamentação negativa e a exigência constitucional de igualdade.

Na ementa do caso, ADI 4277 em seu ponto 6 assim afirma:

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (BRASIL, 2011, p. 622)

Vejamos, pois o teor do 1723 do Código Civil “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.” (BRASIL, 2009, p. 214)

Para compatibilizar o artigo com a decisão foi utilizada a técnica da interpretação conforme a constituição, para excluir qualquer interpretação que impeça a união entre pessoas do mesmo sexo.

Vejamos primeiro em que consiste a técnica da interpretação conforme utilizada pela corte no caso. Trata-se de método interpretativo que diante de um enunciado normativo que permite diferentes interpretações a escolha de um mais adequado com a Constituição. Na lição de Barroso temos:

Na interpretação conforme a Constituição, o órgão jurisdicional declara qual das possíveis interpretações de uma norma legal se revela compatível com a Lei Fundamental. Isso ocorrerá, naturalmente, sempre que um determinado preceito infraconstitucional comportar diversas possibilidades de interpretação, sendo qualquer delas incompatível com a Constituição. Note-se que o texto legal permanece íntegro, mas sua aplicação fica restrito ao

sentido declarado pelo tribunal. (BARROSO, 1996, p. 175)

Assim, surgem duas questões no mínimo curiosas a interpretação conforme na verdade transfigurou o enunciado normativo, o legislador constituinte elaborou uma norma (é claro que não se está a falar de vontade do legislador e sim na norma que ele objetivamente produziu e que existe agora independentemente de sua vontade) e o STF a transmutou em outra completamente oposta. Alexandre de Moraes elaborou uma advertência sobre a interpretação conforme a constituição que se aplica perfeitamente ao caso, vejamos:

Portanto, não terá cabimento a interpretação conforme a constituição quando contrariar texto expresso da lei, que não permita qualquer interpretação em conformidade com a constituição, pois o Poder Judiciário não poderá, substituindo-se ao Poder Legislativo (leis) ou Executivo (medidas provisórias), atuar como legislador positivo, de forma a criar um novo texto legal. Nessas hipóteses, o Judiciário deverá declarar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo incompatível com a constituição. (MORAES, 1996, p. 45)

Outro ponto interessante é que o referido artigo é uma mera reprodução do artigo 226, § 3º da constituição que reza “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” (BRASIL, 2009, p.76). Assim a Corte fez interpretação conforme a constituição de um artigo do código civil que é mera repetição de norma constitucional originária e como adverte Silva “é fácil perceber que quando se fala em interpretação conforme a constituição *não se está falando de interpretação constitucional*, pois não é a *constituição* que deve ser interpretada com ela mesma, mas as leis *infraconstitucionais*.” (SILVA, 2005, 132/133, grifos do autor) Não há interpretação conforme à constituição da própria constituição e por via oblíqua foi isso que a Corte realizou. Essa engenhosidade já fora aplicada pelo STF em outros casos, como o da prisão civil do depositário infiel. (RE 466.343)

Não há técnica de interpretação aceitável que justifique a decisão da Corte, mesmo que se adote modelos normativos mais diferenciados como o de Müller, que não trabalho com a ideia de enunciado normativo, norma ou fato, mas em âmbito da norma, programa da norma. Assim a forma como o STF utilizou a técnica da interpretação conforme a constituição não encontra guarida nem em teorias positivistas nem em teorias não positivistas nem apoio na própria teoria constitucional.

Vejamos um conceituação sobre a norma jurídica. Kelsen identifica norma com

dever ser, e assim “com o termo ‘norma’ se quer significar que algo *deve* ser ou acontecer, especialmente que um homem *deve* conduzir de determinada maneira”. Kelsen, (2003, p. 5, grifos do autor) Dessa forma a norma estabelece os três modelos deônticos proibição, permissão e obrigação:

“Norma” é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém. Neste ponto importa salientar que a norma, como o sentido específico de um ato intencional dirigido à conduta de outrem, é qualquer coisa de diferente do ato de vontade cujo sentido ela constitui. Na verdade, a norma é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser. (KELSEN, 2003, p. 6)

Nas palavras de Afonso, que destaca que a construção de Kelsen enfatiza o modelo deôntico da proibição, apesar de compatível com as demais, temos:

A formulação do conceito de norma como manifestação de que algo é devido, de que uma conduta deve ser observada, como expressão de um dever ser, põe em relevo o seu caráter de imperativo, de imposição e proibição, ainda que a este venham a ser acrescidas outras funções deônticas. (AFONSO, 2013, p. 48)

Kelsen esclarece que existe tanto o sentido subjetivo como o sentido objetivo de dever ser e só com a união dos dois temos a norma:

No entanto, é preciso distinguir o sentido subjetivo do sentido objetivo. “Dever-ser” é o sentido subjetivo de todo ato de vontade de um indivíduo que intencionalmente visa a conduta de outro. Porém, nem sempre um tal ato tem também objetivamente este sentido. Ora, somente quando esse ato tem também objetivamente o sentido de dever-ser é que designamos o dever-ser como “norma”. (KELSEN, 2003, p. 8, grifos do autor)

Dessa forma para que exista a norma deve haver a previsão legal da conduta acrescida de um ato de vontade:

Ao conceber a norma como um dever ser que tem sua origem em um ato de vontade, Kelsen remonta às bases kantianas. Entretanto, o sentido que sua doutrina empresta à expressão “dever ser” não tem caráter axiológico, não se vincula a qualquer pretensão de ordenar a ação do ser racional, movido pela representação do dever, não envolve qualquer ideia transcendente de dever. É somente uma categoria modal, de significado exclusivamente lógico. (AFONSO, 2013, p. 49)

Para fundamentar a possibilidade de união homoafetiva o acórdão se baseia, entre outros argumentos, na ideia de regulamentação negativa de Kelsen para fundamentar impossibilidade do sexo (melhor seria orientação sexual) das pessoas

ser utilizado como parâmetro discriminatório. O teor é o seguinte:

2. [...] O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. (ADI 4277, 2011, p. 2)

Vejamos o que o próprio Kelsen explica da regulamentação negativa, volto em seguida:

Negativamente regulada por um ordenamento normativo é a conduta humana quando, não sendo proibida por aquele ordenamento, também não é positivamente permitida por uma norma delimitadora do domínio de validade de uma outra norma proibitiva - sendo, assim, permitida num sentido meramente negativo. Essa função meramente negativa da permissão deve ser distinguida da função positiva, pois esta consiste num ato positivo. A função - tanto negativa como positiva - da permissão está, assim, essencialmente ligada com a da prescrição. (KELSEN, 2003, p. 18)

Vê-se claramente que o argumento de Kelsen não serve ao objetivo do STF. A permissão possui ligação com a prescrição, e no caso temos é a proibição da equiparação da união homoafetiva com a união estável (art. 226, §3º) e não silêncio normativo.

Para Kelsen o processo interpretativo-cognoscitivo tem por função identificar as possíveis interpretações de determinada normas estabelecendo assim uma moldura ou quadro:

Dizer que um sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa - não significa que ela é a norma individual, mas apenas é *uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral. (KELSEN, 2003, p. 391)

Dentro da moldura a escolha é um ato de vontade não havendo na visão de Kelsen, método jurídico capaz de indicar a solução mais adequada ou conforme o caso concreto, como vimos anteriormente.

Vejamos agora outra visão da norma jurídica. Alexy estabelece um conceito de norma que poderia ser denominado semântico:

Isso sugere que se busque um modelo de norma que, de um lado, seja sólido o suficiente para constituir a base das análises que se seguirão e, de outro

lado, suficientemente frágil para que seja compatível com o maior número possível de decisões no campo dos problemas mencionados. Essas exigências são satisfeitas por um modelo semântico, compatível com as mais variadas teorias sobre validade. (ALEXY, 2008, p. 52)

A diferença e a relação entre norma e o enunciado normativo estabelecida na conceituação de Alexy, fica clara na seguinte passagem:

Isso faz com que fique claro que o conceito de norma é, em face do conceito de enunciado normativo, o conceito primário. É recomendável, portanto, que os critérios para a identificação de normas sejam buscados no nível da norma, e não do enunciado normativo. Tal critério pode ser formulado com o auxílio das modalidades deonticas, dentre as quais serão mencionadas, neste passo, apenas as modalidades básicas do dever, da proibição e da permissão. (ALEXY, 2008, p. 54 e 55)

Percebe-se que os conceitos de norma analisados não permitem a interpretação plástica que o STF aplicou no caso. A existência de limites estabelecidos pelo próprio enunciado normativo que impossibilitam determinadas interpretações são claramente defendidos no âmbito do positivismo jurídico e como vimos Kelsen e Hart são firmes nesse sentido. Para o não positivismo também parece existir para que uma interpretação mirabolante. O ponto 3 do acórdão é esclarecedor da forma peculiar de interpretação realizada pelo STF:

UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEM RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE "ENTIDADE FAMILIAR" E "FAMÍLIA". A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. [...] Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia "entidade familiar", não pretendeu diferenciá-la da "família". (BRASIL, 2011, p. 612)

Não se pode argumentar também na evolução da interpretação dos enunciados normativos, como ocorre frequentemente com a constituição americana, quanto maior a amplitude da norma maiores chances isso tem de acontecer, quanto mais textura aberta mais possibilidades interpretativas. Contudo a interpretação do dispositivo foge ao razoável e chega a ser risível. Não faz o menor sentido, como quis o relator, argumentar que o termo mulher no art. 226, §3º, é apenas pra dar "especial proteção

desta última. Focado propósito constitucional de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre duas tipologias do gênero humano”. Isso porque quando a Constituição pretendu especial proteção o fez expressamente como no caso da criança e dos idosos, e ainda a simples referência ao gênero não tem o poder de significar que ele deve ter especial atenção ou ser especialmente protegido.

O problema é que a constituição brasileira é muito detalhista e usou os termos “homem e mulher” para se referir a união estável e não há interpretação racional que possibilite que um artigo assim escrito se compatibilize com a união entre pessoas do mesmo sexo. No ponto a constituição fez claramente uma opção de restringir o alcance do instituto. A norma não se restringe ao texto como queria a Escola da Exegese mas a constituição não é uma carta em branco na qual o Tribunal imprime o que melhor lhe aprouver.

Me parece claro que nesse caso o STF pratica algo como o jogo da discricionariedade do jogador a que Hart faz menção, mudando as regras a que ele mesmo deveria estar subordinado. Vejamos a passagem de Hart na qual essa ideia é explicitada:

Mas é importante ver que a regra de pontuação continua a ser o que era antes e é dever do marcador aplicá-la o melhor que puder. A afirmação “O resultado é aquilo que o marcador diz que é” seria falsa se tivesse o significado de que não havia regra para pontuar, salvo a que o marcador escolhesse discricionariamente aplicar. Podia haver de facto um jogo com, tal regra e poder-se-ia encontrar algum divertimento ao jogá-lo, se a discricionariedade do marcador fosse exercida com alguma regularidade; mas seria um jogo diferente. Podemos chamar a tal jogo o jogo da “discricionariedade do marcador”. (HART, 2001, p. 156)

Não estamos a defender a impossibilidade de união homoafetiva, mas sim que o artigo 226, § 3º não deixa margem para uma interpretação desse tipo. Talvez o referido parágrafo é que seja incompatível com o caput por estabelecer uma restrição não proporcional a um direito fundamental e devesse ser declarado inconstitucional, mas essa é uma outra discussão e o plenário passou longe dela. Ou ainda, como queriam os Ministros Lewandowsky e Gilmar Mendes, que a união homoafetiva fosse uma nova forma de entidade familiar, protegida pelo artigo art. 5 e 226, caput da CR/88.

Creio que em defesa dos direitos fundamentais o tribunal deveria mesmo ter declarado a legalidade da união homoafetiva, o problema é a fundamentação do plenário. Nesse ponto é bastante correta a visão de Gilmar Mendes:

É que, como já mencionei aqui, entendo existirem fundamentos jurídicos suficientes e expressos que autorizam o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, não com base no texto legal (art. 1723 do Código Civil), nem com base na norma constitucional (art. 226, §3º), mas, sim, como decorrência de direitos de minorias, de direitos fundamentais básicos em nossa Constituição, do direito fundamental à liberdade de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da garantia de não discriminação dessa liberdade de opção (art. 5º, XLI, CF) – dentre outros explicitados em minha fundamentação –, os quais exigem um correspondente dever de proteção, por meio de um modelo de proteção institucional que até hoje não foi regulamentado pelo Congresso. (BRASIL, 2011, p. 801)

Se como afirma Alexy a legitimidade do Judiciário é proveniente da argumentação racional, o déficit do STF é bastante considerável. Não importa tão somente o resultado da decisão e sim todo o processo cognitivo interpretativo pelo qual se deve passar para chegar a uma decisão em um caso concreto. Como afirmamos, o resultado da decisão parece correto. O que evidentemente não parece correta é a fundamentação que alguns Ministros utilizaram para chegar à decisão.

Imaginando a questão do ângulo o mesmo déficit pode ser encontrado. A formulação de uma decisão contrária a norma é muitas vezes feita pelo judiciário e como destaca Kelsen se o órgão de cúpula do judiciário confirma determinada interpretação não podemos considerá-la outra coisa que não norma. Em outros termos a interpretação fora da moldura, e não há moldura larga que conceba a interpretação querida pela Corte num dispositivo tão específico, é uma interpretação válida porque os tribunais dizem que é e não há outro órgão legítimo para revogar a decisão. A questão em termos kelsenianos é simples:

A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa. (KELSEN, 2003, P. 394)

E fundamentação das decisões é cláusula obrigatória a conferir validade a uma decisão judicial, consoante o artigo 96, IX da CR/88. Se adotasse a postura Kelseniana, como alega fazer, o Tribunal deveria deixar explícito que está a mudar a norma com base numa visão individual e moral da questão e que com base nessa concepção a decisão foi gestada. Em outras palavras, deveriam afirmar claramente que com base na fundamentação escolhida não era possível justificar racionalmente a decisão, mas num ato de vontade resolveram que deveria ser assim, e vai ser assim

porque é assim que o STF quer e deseja e não porque o ordenamento jurídico determina⁵⁵.

Passemos então a análise da moral no referido acórdão. O termo moral-moralidade aparece diversas vezes nos votos de diferentes ministros. Nessa parte do trabalho tentaremos identificar qual o conceito de moral de alguns ministros. Serão consideradas apenas a ocorrência dos termos moral e moralidade que expressarem a visão dos ministros sobre o caso, assim não serão relatados citações de outros autores nem o uso dos termos em sentido que não abranjam a ideia de ordem moral ou moralidade crítica.

No voto do ministro relator Ayres Brito pudemos ver o termo em:

V - Princípio da Razoabilidade ou da Proporcionalidade: a imposição de restrições é de ser justificada pela promoção de outros bens jurídicos da mesma hierarquia. Caso contrário, estar-se-ia diante de um mero preconceito ou de um autoritarismo moral. (BRASIL, 2011, p. 619)

Nessa primeira passagem o termo moral é utilizado no sentido de moralidade popular, como crença irrefletida de determinado povo ou grupo, sendo associado a autoritarismo como impeditivo da interpretação desejada. Essa visão não é a que os defensores da tese da conexão possuem da moral a qual o direito deve se conectar.

A primeira aparição do termo no voto do Ministro Fux é interessante:

Não se pode ceder, no caso, a considerações de ordem moral, exceto por uma, que, ao revés, é indispensável: **todos os indivíduos devem ser tratados com igual consideração e respeito**. É esta a base da leitura moral da Constituição propugnada por RONALD DWORKIN (Freedom's Law: The Moral Reading of The American Constitution. Cambridge: Harvard University Press, p. 7-8), que, mesmo tecendo argumentos sobre o constitucionalismo nos EUA, formula assertivas perfeitamente aplicáveis ao direito constitucional brasileiro. (BRASIL, 2011, p. 672, grifos nossos)

O ministro parece indicar haver diferentes considerações morais possíveis no caso, mas que todas deveriam ser desconsideradas em favor de apenas uma. Parece, portanto, corroborar a tese positivista da multiplicidades de ordens morais. Não fica claro a razão pela qual apenas a ideia de igualdade serve como fundamentação moral para o caso, e não nos parece que a mera referência à defesa de uma leitura da moral da constituição defendida por Dworkin possa ser considerada uma justificativa razoável. Primeiro porque seria necessária discutir em que consiste a leitura moral da

⁵⁵ Ressalta-se que acreditamos ser juridicamente possível fundamentar a necessidade de proteção à união homoafetiva, como por exemplo, na ideia de limitação desproporcional a um direito fundamental.

constituição proposta por Dworkin e segundo porque o ministro deveria esclarecer porque é a ideia de igualdade o fundamento da leitura moral da constituição e não a desigualdade, por exemplo.

Também é curioso o Ministro precisar recorrer a uma fundamentação moral que está positivada na Constituição como direito fundamental, já que poderia simplesmente fazer se menção ao dispositivo, art. 5º caput, que expressa o princípio da igualdade no texto magno.

O termo volta a aparecer ao criticar a ausência de decisão legislativa sobre o tema das uniões homoafetivas:

De volta ao caso em apreço, o silêncio legislativo sobre as uniões afetivas nada mais é do que um juízo moral sobre a realização individual pela expressão de sua orientação sexual. É a falsa insensibilidade aos projetos pessoais de felicidade dos parceiros homoafetivos que decide unir suas vidas e perspectivas de futuro, que, na verdade, esconde uma reprovação. [...] Resta claro, por conseguinte, que o desprezo das uniões homoafetivas é uma afronta à dignidade dos indivíduos homossexuais, negando-lhes o tratamento igualitário no que concerne ao respeito à sua autonomia para conduzir sua vida autonomamente, submetendo-os, contra a sua vontade e contra as suas visões e percepções do mundo, a um padrão moral pré-estabelecido. Não pode haver dúvida de que se cuida de violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia. (BRASIL, 2011, p. 674/675)

Nessas passagens fica claro que o ministro considera a existência de várias ordens morais e que também uma correlação entre elas, sendo umas mais corretas e adequadas que outras. “Juízo moral” é usado quase que em um sentido negativo, como algo ligado ao retrocesso e ao atraso, assim como “padrão moral”. Assim ele se aproxima da ideia positivista da multiplicidade de ordens morais mas também se afasta ao considerar uma superior a outra.

No voto do ministro Marco Aurélio o termo aparece numa forte crítica endereçada ao positivismo:

Já se concluiu que o Direito sem a moral pode legitimar atrocidades impronunciáveis, como comprovam as Leis de Nuremberg, capitaneadas pelo Partido Nazista, que resultaram na exclusão dos judeus da vida alemã (In Enciclopédia do Holocausto, United States Holocaust Museum, disponível em <http://www.ushmm.org/>). A ciência do Direito moralmente asséptica almejada por Hans Kelsen – a denominada teoria pura do Direito – desaguou na obediência cega à lei injusta, e a história já revelou o risco de tal enfoque. O Direito, por ser fruto da cultura humana, não pode buscar a pureza das ciências naturais, embora caiba perseguir a objetividade e a racionalidade possíveis. (BRASIL, 2011, p. 811)

Há um total desconhecimento tanto do positivismo como do nazismo. Esse tipo

de construção é conhecida como *reductio ad Hitlerum*:

Quando se pretende rejeitar uma teoria ou uma visão política, afirma-se que ela foi adotada pelo regime nazista ou, pelo menos, que correspondia à ideologia nazista. Isso permite rejeitar imediatamente essa teoria ou visão política, já que ninguém aceitaria, em nossos dias, defender o pensamento nazista. Temos aqui um artifício retórico que objetiva desqualificar os adversários sem análise de substância. (DIMOULIS, 2006, p. 260)

A *reductio ad Hitlerum*, é provavelmente, o pior argumento já levantado contra o positivismo. Refutaremos essa ideia exposta pelo ministro em três pontos. Primeiro porque o direito nazista não era amoral, pelo contrário, defendia e protegia a moralidade nazista, era um instrumento para sua realização “o positivismo era visto como negação do ideal de justiça e o próprio Hitler declarou que, no Terceiro *Reich*, o direito coincide com a moralidade” (DIMOULIS, 2006, p. 261)

Segundo porque o relativismo pregado positivismo, em especial por Kelsen, é **totalmente incompatível** com a ideia de totalidade (absolutização) defendido regime nacional socialista. Prova disso foi a perseguição nazista sofrida por Kelsen. O ideário nazista era claramente de cunho material, baseado na afirmação de superioridade da raça ariana, e isso acarreta uma visão sobre o direito totalmente incompatível com o positivismo:

Tampouco podemos ignorar que a visão nazista do direito não se relaciona com a perspectiva juspositivista. Decorre de um pensamento “material”, estruturalmente próximo ao discurso moralista moderno que exalta o papel dos julgadores e reivindica a flexibilização das normas vigentes em prol de valores e princípios. Sem a menor dúvida, os conteúdos e as intenções são radicalmente diferentes, mas a concepção do direito é fundamentalmente a mesma e claramente contrária àquela do PJ [positivismo jurídico] *stricto sensu*. (DIMOULIS, 2006, p. 262)

E, por fim, terceiro porque A três o formalismo kelseniano era visto como obstáculo a construção da ordem material necessária ao nazismo. Carl Schmitt crítica Kelsen exatamente pelo seu apego ao aspecto formal, vejamos:

Posto que uma lei não pode aplicar, manusear ou executar a si mesma; não pode nem interpretar, nem definir, nem sancionar; nem pode tampouco sozinha – sem deixar de ser uma norma – nomear ou designar as pessoas concretas que devem interpretar ou manejar a lei. Tampouco o conceito de juiz independente, submetido unicamente a lei, é normativista, sem um conceito de ordem, uma instância competente, um membro de um sistema de ordem de funcionários e administradores.⁵⁶ (SCHMITT, 1996, p. 16,

⁵⁶ Tradução livre do seguinte trecho: Puesto que una ley no puede aplicarse, manipularse o ejecutarse

tradução nossa)

Incontinentemente o ministro também destaca os problemas do direito se estabelecer baseado exclusivamente na moral visto que “o Direito absolutamente submetido à moral prestou serviços à perseguição e à injustiça, como demonstram episódios da Idade Média, quando uma religião específica capturou o discurso jurídico para se manter hegemônica.” (BRASIL, 2011, p. 811) Nas duas passagens o ministro também parece corroborar a tese da existência de diferentes ordens morais, seguindo mais ou menos nos mesmos moldes do Ministro Fux.

E arremata afirmando:

Em síntese, se não é possível conceber o Direito e a moral como duas esferas independentes, como queria Kelsen, também não se pode adotar a teoria dos círculos concêntricos, preconizada por Jeremy Bentham (citado por Paulo Nader, Introdução ao estudo do Direito, 2010, p. 42), que considera a ordem jurídica inteiramente circunscrita ao campo da moral. Moral e Direito devem ter critérios distintos, mas caminhar juntos. O Direito não está integralmente contido na moral, e vice-versa, mas há pontos de contato e aproximação. (BRASIL, 2011, p. 812)

Marco Aurélio abraça decididamente a tese do não positivismo, direito e moral precisam estar necessariamente conectados, mas ainda não resta claro qual conceito moral por ele defendido, de qualquer modo é estranho que considere a existência de diversas ordens morais. A alternativa a concepção do relativismo positivista é a adesão ou a uma moral material e portanto absoluta ou a uma moral procedimental. Nenhum desses modelos pode aceitar a existência de várias concepções morais e nem que elas devem se conectar ao direito, a conexão com o direito se dá ou pela moral material ou pela moral procedimental (mesmo que receba a influência de outras ordens “morais”).

Moral para o Ministro parece ser a concepção de bom e de bem de variados grupos sociais, aquilo que Kant denominou moralidade popular:

É fácil notar a influência da moral no Direito, por exemplo, em institutos como o casamento – no direito de família – e em tipos penais, como eram muitos dos denominados “crimes contra os costumes”, os quais têm origem comum em sentimentos morais e religiosos. [...] Especificamente quanto à religião,

a sí misma; no puede ni interpretarse, ni definirse, ni sancionarse; no puede tampoco por sí sola – si no deja de ser una norma – nombrar o designar a las personas concretas que deben interpretar o manejar la ley. Tampoco el concepto de juez independiente, sometido solamente la ley, es normativista, sino un concepto de orden, una instancia competente, un miembro de um sistema de orden de funcionarios y administradores.

não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. As garantias de liberdade religiosa e do Estado Laico impedem que concepções morais religiosas guiem o tratamento estatal dispensado a direitos fundamentais, tais como o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à autodeterminação, o direito à privacidade e o direito à liberdade de orientação sexual. (BRASIL, 2011, p. 812)

Desnecessário dizer que a postura do Ministro parece ser contraditória, pois a moral religiosa está conectada e ao mesmo tempo desconectada do direito, deve influenciar e ao mesmo tempo não deve influenciar o direito. Isso não faz sentido. Parece que se faz uma seleção do conteúdo que é adequado na minha visão e do conteúdo que não é adequado. Uma conexão necessária não pode se dar nesses moldes, o parâmetro não pode ser a discricionariedade do julgador.

Do ponto de vista interpretativo talvez o problema não esteja no plano teórico e sim no plano prático. Explico: o festejado modelo interpretativo aberto à moralidade, pluralista, hermenêutico por excelência do cognominado pós positivismo tem servido, no plano prático de escudo para que impere a pura discricionariedade, como demonstramos em outro lugar⁵⁷ o uso que o STF faz da máxima da proporcionalidade é prova disso. Não é interessante a defesa da proposta interpretativa Kelseniana, por exemplo, por que com ela uma vez que a escolha de fato sempre recai sobre o aplicador, por não haver método adequado, não há suposto método racional que me possibilite esconder os reais motivos da decisão. E o STF é mestre em decidir primeiro e fundamentar depois.

⁵⁷ Para um visão mais detalhada da não aplicação da máxima da proporcionalidade no âmbito do STF apesar da afirmação dos ministros de sua aplicação ver SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, v. 798. São Paulo, p. 23-50, 2002. Ver também SAPUCAIA, R. V. F. A aplicação da máxima da proporcionalidade no STF: um caso. Revista da SJRJ, v. 20, p. 193-204, 2013; SAPUCAIA, R. V. F. A derrotabilidade dos princípios e o Supremo Tribunal Federal. Observatório da Jurisdição Constitucional, v. 02, p. 01-15, 2012

4 CONCLUSÃO

No presente trabalho procuramos constatar que as diferenças entre as duas correntes do positivismo, inclusivo e exclusivo, são mais tênues que se pode imaginar. A suposta diferenciação do positivismo exclusivo em face do positivismo inclusivo, que residiria no fato de nunca se conectar o direito com a moral e de que nunca é necessário usar elementos morais para a identificação do direito não nos parece bem fundamentada. Ora, como vimos nos testes do positivismo inclusivo e nas famosas Norma Fundamental e Regra de Reconhecimento, o uso de elementos morais nunca é necessário. Ambos os testes são de natureza puramente formal. A suposta impossibilidade de haver conexão com a moral também não nos parece muito sólida. Para o positivismo exclusivo não importa a origem do conteúdo que pode influenciar a elaboração do direito, é sempre a decisão da autoridade que legitima a entrada de determinado conteúdo na ordem jurídica. A questão que parece salutar é que a origem continua sendo moral, e não é a utilização de uma outra denominação que vai mudar isso. Assim acreditamos que o filtro elaborado é artificial.

Outro ponto a se destacar é a importância do positivismo jurídico, independentemente de ser inclusivo ou exclusivo. Como vimos, especialmente no direito brasileiro, o positivismo é visto como corrente ultrapassada e que está ligada aquilo que devemos combater, como a discricionariedade judicial, a ausência de normatividade nos princípios e a aplicação mecanicista do direito. De todas essas questões, como vimos, apenas a discricionariedade judicial foi verdadeiramente defendida pelo positivismo. É curioso o fato de no Brasil não se levar em conta que ainda existem autores positivistas sólidos, como Hoerster e Raz, que discutem questões relevantes para o direito atual. Em verdade nem Hart é devidamente estudado no Brasil, sem falar nas interpretações esdrúxulas da teoria de Kelsen.

Nesse ponto, o importante é que o positivismo jurídico não é uma teoria morta ou decadente. Segundo Raz é ainda preponderante nos países de língua inglesa. Existe considerável produção de novos autores, que poderiam ser classificados como positivistas. Além disso, o estudo das obras dos principais positivistas, Kelsen e Hart, certamente é muito relevante para a formação jurídica hoje. Prova disso é que Robert Alexy, reconhecido crítico do positivismo e um dos mais entusiastas defensores de uma concepção não positivista do direito, também reconhece a importância do positivismo jurídico. Ao rebater crítica de Barroso endereçada ao positivismo, afirmou

que “80 (oitenta) por cento da obra de Kelsen é ainda plenamente válida” (ALEXY, 2014)

Pudemos concluir que a tese da neutralidade é o ponto central do positivismo jurídico. Acreditamos ainda que a tese da separação, ou seja, de que não existe uma conexão necessária entre direito e moral é uma consequência lógica da tese da neutralidade. A tese da neutralidade pode ser melhorada se defendermos uma tese fraca da neutralidade, que atingiria tão somente o conteúdo das determinações jurídicas e não se estenderia ao cientista ou ao aplicador da norma.

No tocante ao não positivismo a proposta intermediária, ou seja, o não positivismo inclusivo, defendida entre outros por Alexy e Radbruch, parece a mais defensável. No não positivismo superinclusivo, posição de Kant, a impossibilidade prática de resposta em caso de conflito entre direito e moral é grave o bastante para restringir a conexão a um plano ideal desprovido de força modificadora, e aí talvez a postura do positivismo jurídico seja do ponto de vista prático, mais adequada. Isso porque existiria mais liberdade de ação por parte dos indivíduos que não estariam moralmente obrigados a obedecer uma ordem jurídica.

O problema do não positivismo exclusivo está em sua radicalidade. Poucos sistemas jurídicos sobreviveriam ao seu teste, bem como no resgate do direito natural. A definição de valores absolutos e governados por um princípio supremo (PGC) que não seja procedimental, como na teoria do discurso, não nos parece compatível o modelo plural de sociedade.

Discutimos a postura do positivismo jurídico diante da possibilidade de se resistir a uma ordem injusta. Tanto a visão do positivismo inclusivo quanto do positivismo exclusivo é basicamente que como os âmbitos do direito e da moral tem linhas divisórias claras, e uma coisa é a determinação jurídica e a outra a moral, não há que se falar em obrigação externa ao direito no sentido de seu estabelecimento ou cumprimento. Dessa forma o cidadão está livre para, tomando consciência da norma válida, posicionar-se sobre ela. Isso favorece uma visão crítica tanto da norma como do ordenamento como um todo.

Por fim constatamos, com base na análise de julgamento realizado no âmbito do STF, que o Tribunal é confuso ao discutir a questão da relação entre direito e moral. Não é possível definir uma linha de raciocínio coesa para a Corte. Esse não seria necessariamente um problema se individualmente as posições fossem coerentes e minimamente fundamentadas. Infelizmente percebe-se no julgamento da ADI 4277

um considerável déficit argumentativo e a ausência tanto de fundamentação interna como externa nos votos analisados. A impressão que o leitor atento tem ao analisar os votos é de que os Ministros decidem primeiro e fundamentam depois.

Vimos que alguns ministros, entre eles Marco Aurélio, confundem a moral que os teóricos afirmam se conectar com o direito com o que Kant chamou de moralidade popular. E isso é grave, ainda porque o Ministro defende uma espécie de seleção de conteúdo: as partes “boas” de determinada moralidade popular devem ser incorporadas ao direito, as “ruins” não. A questão é que seleção seria feita pelo próprio Tribunal, de forma totalmente arbitrária no momento da decisão, postura muito parecido com o jogo da discricionariedade do marcador a que Hart faz referência.

Concluimos portanto que tanto o positivismo inclusivo como o não positivismo inclusivo são bem estruturados do ponto de vista teórico e possuem respostas satisfatórias para o problema da resistência a um direito considerado injusto. A vantagem final para o não positivismo inclusivo se estabelece pelo seu caráter procedimental, fundamentado, no caso de Alexy, na teoria do discurso. Isso porque a fundamentação e aplicação do direito numa base discursiva garante as vantagens da postura relativista e ainda consegue estabelecer um conteúdo material racional para o direito.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. Revolução. In: ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia. 3. ed. total. rev. e ampl. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 858.
- AFONSO, Elza Maria Miranda. O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen. Belo Horizonte: UFMG, 1984.
- AFONSO, Elza Maria Miranda. Passos da teoria de Kelsen rumo à construção da Teoria do Direito. In: OLIVEIRA, Júlio A; TRIVISONNO, Alexandre. (Org.) Hans Kelsen: Teoria Jurídica e Política. Rio de Janeiro: Forense. 2013. p. 39-83.
- AGUILÓ REGLA, Josep. Positivismo y postpositivismo: dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. *Doxa*. N. 30 (2007). ISSN 0214-8876, pp. 665-675.
- ALEXY, Robert. An answer to Joseph Raz. In: PAVLAKOS, George (Edi.). *Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007. p. 37-55.
- ALEXY, Robert. Thirteen replies. In: PAVLAKOS, George (Edi.). *Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007a. p. 334-366.
- ALEXY, Robert. Conceito e validade do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009. 166 p.
- ALEXY, Robert. The dual nature of law. *Ratio Juris*, v. 23, n. 2, p. 167-182, jun. 2010.
- ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 350 p.
- ALEXY, Robert. 1999. A Defence of Radbruch's Formula. In *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*. Ed. David Dyzenhaus, 15–39. Oxford: Hart.
- ALEXY, Robert. 2000. On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique. *Ratio Juris* 13: 138–47.
- ALEXY, Robert. 2004. The Nature of Legal Philosophy. *Ratio Juris* 17: 156–67.
- ALEXY, Robert. 2006. Effects of Defects—Action or Argument? Thoughts about Deryck Beyleveld and Roger Brownsword's *Law as a Moral Judgment*. *Ratio Juris* 19: 169–79.
- ALEXY, Robert. 2007a. On Two Juxtapositions: Concept and Nature, Law and Philosophy. Some Comments on Joseph Raz's "Can There be a Theory of Law?". *Ratio Juris* 20: 162–9.
- ALEXY, Robert. 2007b. An Answer to Joseph Raz. In *Law, Rights and Discourse*. Ed. George Pavlakos, 37–55. Oxford: Hart.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Atlas, 2009.

BEYLEVELD, Deryck; BROWNSWORD, Roger. *Law as a Moral Judgment*. 2nd. ed. Sheffield: Sheffield Academic. 1994.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, L. R.. O Começo da História: a Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: Virgílio Afonso da Silva. (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, v., p. 271-316.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 327-378.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BEYLEVELD, Deryck; BROWNSWORD, Roger. 2001. *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*. Oxford: Oxford University Press.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, c1995. 239 p.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277. Relator Ministro Ayres Brito. DJ 14/10/2011.

BRASIL. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 8ª ed. São Paulo: Rideel. 2009.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivism. *Doxa* 31 (1998) pp 209-220.

CAYGILL, Howard. *Revolução*. In: CAYGILL, Howard. *Dicionário Kant*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1995. p. 281/282.

DIMOULIS, Dimitrios; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. O positivismo jurídico diante da principiologia. Dimitrios Dimoulis e Écio Duarte (Orgs.) *Teoria do Direito Neoconstitucional*. São Paulo: Método, 2008, p. 179-197.

DIMOULIS, Dimitrios; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. A validade do Direito na perspectiva juspositivista. Reflexões em torno de Hans Kelsen. In: OLIVEIRA, Júlio A; TRIVISONNO, Alexandre. (Org.) *Hans Kelsen: Teoria Jurídica e Política*. Rio de Janeiro: Forense. 2013. p. 213-231.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. 302 p.

HART, H. L. A. *Direito, liberdade, moralidade*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1987. 102p

HART, Herbert L. A. Positivism and the separation of law and morals. *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4, p. 593-629, fev. 1958.

HART, H. L. A. O conceito de direito. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou, Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. 2. ed. São Paulo: Ícone, c2003.

HOERSTER, Norbert. *En defensa del positivismo jurídico*. Barcelona: Gedisa, 2000. 230p.

KANT, Immanuel. *A ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2. ed. rev. Porto: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 371p

KELSEN, Hans. *O que é justiça?: A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

KERSTING, Wolfgang. O fundamento de validade da moral e do direito em Kant in: TRIVISONNO, Alexandre T. G. (Org.). *Kant e o direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. P. 147-182

KOORSGARD, Christine M. Tomando a lei em nossas próprias mãos: Kant e o direito de revolução in: TRIVISONNO, Alexandre T. G. (Org.). *Kant e o direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. P. 517-562

LA TORRE, Massimo. 2006. On Two Distinct and Opposing Versions of Natural Law: "Exclusive" versus "Inclusive". *Ratio Juris* 19: 197–216.

MACCORMICK, Neil. H. L. A. Hart. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. xix, 266 p

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARMOR, Andrei (Ed.). *Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MERLE, Jean-Christophe. *Os dois conceitos de Direito* in: Alexandre Travessoni Gomes; Jean-christophe Merle. (Org.). *A moral e o direito em Kant - ensaios analíticos*. 1ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, v., p.99-120.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*, 1. 3. ed. rev. e atual: editora revista dos tribunais. 2012

OLIVEIRA, Júlio A. Sistema de regras? Uma crítica à concepção positivista do Direito como sistema de regras. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, 181, p. 17-28, 2009.

OLIVEIRA, Júlio A. Conteúdo do Direito e normatividade justificada na Teoria Pura do Direito: uma crítica às teses de Joseph Raz. In: Hans Kelsen xxx

RAZ, Joseph. 1979. Legal Positivism and the Sources of Law. In Joseph Raz *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, 37–52. Oxford: Clarendon.

RAZ, Joseph. 1996. On the Nature of Law. In *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy* 82: 1–25.

RAZ, Joseph. 2003. About Morality and the Nature of Law. In *The American Journal of Jurisprudence* 48: 1–15.

RAZ, Joseph. 2004. Incorporation by Law. In *Legal Theory* 10: 1–17.

RAZ, Joseph. The argument from justice, or how not reply to legal positivism. In: PAVLAKOS, George (Edi.). *Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007. p. 17-35.

RAZ, Joseph. Legal Principles and the Limits of law. *The Yale law journal*, 81 (5), p. 823- 854, 1972.

RAZ, Joseph. *Razão Prática e Normas*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2010.

RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.

RIBEIRO, Fernando Armando. Carl Schmitt - Crítico do positivismo. In: Marcelo Cattoni; Felipe Machado. (Org.). *Constituição e processo: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror*. 1ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, v. , p. 231-248.

SAPUCAIA, Rafael V. F. A aplicação da máxima da proporcionalidade no STF: um caso. *Revista da SJRJ*, v. 20, p. 193-204, 2013

SAPUCAIA, Rafael V. F. A derrotabilidade dos princípios e o Supremo Tribunal Federal. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, v. 02, p. 01-15, 2012

SCHMITT, Carl, *Sobre los três modos de pensar la ciencia jurídica*, Editorial Tecnos,

S.A., Madrid, Espanha, 1996.

SHAPIRO, S.J. The “Hart-Dworkin” Debate: Short Guide for the perplexed. Ronald Dworkin. Arthur Ripstein (org.). Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 22-55.

SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798. São Paulo, p. 23-50, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: Virgílio Afonso da Silva. (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, v., p. 115-143.

STRECK, L. L. Hermenêutica e Possibilidades Críticas do Direito: ensaio sobre a cegueira Positivista. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (Impresso)*, v. 52, p. 127-162, 2008.

TRIVISONNO, Alexandre T. G. (Coord.). *Dicionário de teoria e filosofia do direito*. São Paulo: LTr, 2011. 422 p.

TRIVISONNO, Alexandre T. G (TRAVESSONI GOMES, Alexandre). *O fundamento de validade do direito: Kant e Kelsen*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. 303p

TRIVISONNO, Alexandre T. G. (TRAVESSONI GOMES, Alexandre) (Org.). *Kant e o direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. 646 p.

TRIVISONNO, Alexandre. *Fundamentação do Direito e argumentação jurídica: a proposta de Alexy*. In: Nuno Manuel Morgadinho Santos Coelho; Cleyson de Moraes Mello. (Org.). *O fundamento do direito: estudo em homenagem ao professor Sebastião Trogo*. 1aed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008, v. p. 295-310.

TRIVISONNO, Alexandre (TRAVESSONI GOMES, Alexandre). *A coerência da Doutrina do Direito*. In: Alexandre Travessoni Gomes; Jean-christophe Merle. (Org.). *A moral e o direito em Kant - ensaios analíticos*. 1ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, v., p. 121-152.

TRIVISONNO, Alexandre (TRAVESSONI GOMES, Alexandre). *Kant e o positivismo no direito*. In: Alexandre Travessoni Gomes; Jean-christophe Merle. (Org.). *A moral e o direito em Kant - ensaios analíticos*. 1ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, v., p. 153-180.

TRIVISONNO, Alexandre. *Gustav Radbruch’s (supposed) turn against positivism: a matter of balancing?* (Manuscrito). 2011.

TRIVISONNO, Alexandre. *Princípios jurídicos e positivismo jurídico: as críticas de Dworkin a Hart se aplicam a Kelsen?* In: OLIVEIRA, Júlio A; TRIVISONNO, Alexandre. (Org.) *Hans Kelsen: Teoria Jurídica e Política*. Rio de Janeiro: Forense. 2013. p. 185-212.

WALDRON, Jeremy. 1996. Kant's Legal Positivism. *Harvard Law Review* 109: 1535–66.

WALUCHOW, W. J. Herculean Positivism. *Oxford J Legal Studies*, v. 5, n. 2, p. 187-210, 1985.

WESTPHAL, Kenneth R. Republicanismo, despotismo e obediência ao Estado: a inadequação da divisão de poderes de Kant in: TRIVISONNO, Alexandre T. G. (Org.). *Kant e o direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. P. 487-516.