

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito

Rafael Vieira Figueiredo Sapucaia

A TESE DO CONTEÚDO MÍNIMO E O POSITIVISMO JURÍDICO

Belo Horizonte

2019

Rafael Vieira Figueiredo Sapucaia

A TESE DO CONTEÚDO MÍNIMO E O POSITIVISMO JURÍDICO

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

Orientador: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno

Coorientador: Júlio Aguiar de Oliveira

Belo Horizonte

2019

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S241t Sapucaia, Rafael Vieira Figueiredo
A tese do conteúdo mínimo e o positivismo jurídico / Rafael Vieira
Figueiredo Sapucaia. Belo Horizonte, 2019.
173 f.

Orientador: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno
Coorientador: Júlio Aguiar de Oliveira

Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Alexy, Robert, 1945-. 2. Positivismo jurídico. 3. Direitos fundamentais. 4. Liberdade. 5. Igualdade. 6. Pluralismo jurídico. 7. Direito - Filosofia. I. Trivisonno, Alexandre Travessoni Gomes. II. Oliveira, Júlio Aguiar de. III. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. IV. Título. SIB PUC MINAS

CDU: 340.12

Rafael Vieira Figueiredo Sapucaia

A TESE DO CONTEÚDO MÍNIMO E O POSITIVISMO JURÍDICO

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

Prof. Dr. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno – PUC Minas (Orientador)

Prof. Dr. Júlio Aguiar de Oliveira – PUC Minas (Coorientador)

Prof. Dr. Mario Lúcio Quintão Soares – PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Lucas Alvarenga Gontijo – PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Fernando Gonzaga Jayme – UFMG (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Ricardo Adriano Massara Brasileiro – Milton Campos (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Rafael Allem Melo Ferreira – PUC Minas (Suplente)

Prof. Dr. Vitor Amaral Medrado – PUC Minas (Suplente)

Belo Horizonte, 29 de março de 2019.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao professor Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno pela franca discussão e pelas sempre valiosas sugestões.

Ao meu coorientador, professor Júlio Aguiar Oliveira, pelas sempre enriquecedoras observações.

Aos professores Lucas Gontijo e Mário Lúcio Quintão pelas observações por ocasião da pré-banca que possibilitaram a melhoria do trabalho.

A CAPES e ao DAAD que possibilitaram com apoio financeiro a realização de parte da pesquisa na Alemanha.

Ao professor Jean-Christophe Merle pela acolhida e pelos ensinamentos durante o tempo de estada na Universidade de Vechta, na Alemanha. Agradeço ainda aos seus auxiliares, especialmente aos professores Marcel Warmt e Anna Szyrwińska.

Aos queridos amigos André, Bruno Camilotto, Cristian Kiefer, Celimara Almeida, Cynthia, Iara, Mateus, Mhardoqueu, Pedro Alexandre, Paulo, Rafael, Rafael, Renata e Vitor pelas proveitosas discussões dentro e fora da PUC Minas.

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

Faust

*Was bin ich denn? wenn es nicht möglich ist
Der Menschheit Krone zu erringen,
Nach der sich alle Sinne dringen.*

Mephistopheles.

*Du bist am Ende – was du bist.
Setz' dir Perrücken auf von Millionen Locken,
Setz' deinen Fuß auf ellenhohe Socken,
Du bleibst doch immer was du bist.*

Goethe

RESUMO

No contexto dessa pluralidade de visões morais, típicas da modernidade e do positivismo jurídico, como uma teoria crítica em relação ao jusnaturalismo, o presente trabalho visa discutir a possibilidade de vinculação entre, por um lado, a postura sóbria e exigente do positivismo jurídico com sua marcante abertura ao pluralismo, e, por outro lado, a proteção a direitos básicos que são pressupostos para os demais direitos, ou seja, direitos iniciais que servem de ponto de partida para que novos direitos possam ser estabelecidos. Esta tese defende duas ideias fundamentais. A primeira ideia consiste na necessidade de o direito positivo conter uma proteção mínima a determinados bens sociais. Ela será denominada, neste trabalho, tese do conteúdo mínimo. A segunda ideia consiste no fato de a primeira ideia, ou seja, a tese do conteúdo mínimo, ser compatível com o positivismo jurídico refletido, entendido aqui como o positivismo de Hans Kelsen e H. L. A. Hart, pelo menos em certa medida. Serão analisadas também três propostas dentro da tradição positivista. A primeira delas é a de Hoerster, a segunda de Raz e a terceira é a de Bäcker. A realização da investigação dos rudimentos da tese do conteúdo mínimo no positivismo e da vinculação entre moral e direito no não positivismo permitirá a identificação das características essenciais da tese do conteúdo mínimo, sua fundamentação e identificação de seu conteúdo. Como se tentará demonstrar, a liberdade e a igualdade são os bens sociais que devem ser protegidos pelo ordenamento jurídico, para que ele possua uma estabilidade mínima enquanto ordem normativa da conduta humana. Por fim, serão apresentados dois exemplos de sociedades hipotéticas como forma de explicar como a tese do conteúdo mínimo pode ser fundamental no desenvolvimento de uma determinada comunidade jurídica. Nesses exemplos tentar-se-á demonstrar a existência de uma relação direta entre o pluralismo e a necessidade de uma tese do conteúdo mínimo, na medida em que quanto maior é o pluralismo de uma determinada sociedade mais se torna clara a importância da adoção da tese do conteúdo mínimo.

Palavras-chave: Positivismo jurídico; conteúdo mínimo; liberdade; igualdade.

ABSTRACT

In the context of this plurality of moral visions, typical of modernity and legal positivism, as a critical theory in relation to natural law, this paper aims to discuss the possibility of linking, on the one hand, the sober and demanding posture of legal positivism, with its marked openness to pluralism, and, on the other hand, the protection of basic rights that are presupposed for other rights, that is, initial rights that serve as the starting point for new rights can be established. This thesis defends two fundamental ideas. The first idea is the need for positive law to contain minimal protection for certain social goods. It will be called, in this work, thesis of the minimum content. The second idea is that the first idea, that is, the minimal content thesis, is compatible with the reflected legal positivism, understood here as the positivism of Hans Kelsen and H. L. Hart, at least to some extent. Three proposals will also be analyzed within the positivist tradition. The first one is Hoerster's, the second is Raz's, and the third is Bäcker's. The investigation of the rudiments of the minimal content thesis in positivism and the link between morality and law in non positivism will allow the identification of the essential characteristics of the thesis of minimum content, its rationale and identification of its content. As will be tried to demonstrate, freedom and equality are the social goods that must be protected by the legal order, so that it has a minimum stability as a normative order of human conduct. Finally, two examples of hypothetical societies will be presented as a way of explaining how the thesis of minimum content can be fundamental in the development of a given legal community. In these examples it will be tried to demonstrate the existence of a direct relation between pluralism and the necessity of a thesis of the minimum content, since the greater the pluralism of a certain society the more it becomes clear the importance of the adoption of the thesis of the minimum content.

Keywords: *Legal positivismo; minimum contain; freedom; equality.*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
1.1 Ideias fundamentais desta investigação	11
1.2 Itinerário do trabalho.....	13
1.3 Metodologia.....	17
2 OS TIPOS DE TEORIAS JURÍDICAS.....	19
2.1 A relação entre direito e moral.....	19
2.2 A classificação tradicional.....	23
2.3 A classificação de Alexy	24
2.3.1 Elementos centrais da classificação de Alexy	27
2.3.2 Críticas à classificação de Alexy	31
2.3.3 Utilidade da classificação de Alexy	34
3 O POSITIVISMO JURÍDICO.....	37
3.1 O positivismo refletido	41
3.2 Contribuições atuais para o desenvolvimento do positivismo jurídico	49
3.2.1 Hoerster e a ética intersubjetivamente fundada	51
3.2.2 Raz e o conceito de Autoridade Legítima.....	54
3.2.3 Bäcker e a teoria procedimental relativista.....	57
4 AS CRÍTICAS AO POSITIVISMO JURÍDICO REFLETIDO	63
4.1 Análise reflexiva das críticas	70
4.2 Uma visão a partir da literatura.....	81
5 ELEMENTOS DA TESE DO CONTEÚDO MÍNIMO NO POSITIVISMO JURÍDICO	91
5.1 Rudimentos de uma tese do conteúdo mínimo no positivismo refletido	91
5.2 A tese do conteúdo mínimo nos novos modelos positivistas (Hoerster, Raz e Bäcker).....	102
6 CONTEÚDO MÍNIMO E NÃO POSITIVISMO JURÍDICO	107
6.1 Direito, Moral e Justiça	111
6.2. Relação entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais	116
7 CARACTERÍSTICAS E FUNDAMENTAÇÃO DA TESE DO CONTEÚDO MÍNIMO	129
7.1 A necessidade e a suficiência da tese do conteúdo mínimo no âmbito de sociedades plurais.....	130
7.2 Características e fundamentação da Tese do Conteúdo Mínimo	134
7.2.1 A liberdade como pressuposto da filosofia de Kant.....	136
7.2.2 Rawls como representante máximo do liberalismo igualitário	141
7.2.3 Liberdade e Igualdade como conteúdo da Tese do conteúdo mínimo	146

7.3 Os modelos hipotéticos de sociedade e a sua implicação na tese do conteúdo mínimo	153
7.3.1 Sociedades reais e modelos hipotéticos	154
7.4.2 Dois modelos hipotéticos da sociedade como exemplos de aplicação da tese do conteúdo mínimo.....	155
8 CONCLUSÃO	159
REFERÊNCIAS.....	163

1 INTRODUÇÃO

1.1 Ideias fundamentais desta investigação

A tradição do jusnaturalismo discute muito seriamente a questão atinente ao fundamento de validade do direito. Constitui algo essencial ao jusnaturalismo o fato de o direito natural determinar qual conteúdo o direito positivo deve ter. Embora, por um lado, pareça ser possível identificar alguns conteúdos que várias teorias jusnaturalistas atribuem como necessários ao direito positivo, por outro lado há outros conteúdos que parecem variar de acordo com o período em que a teoria é produzida, bem como com seu autor. Alguns autores, como Radbruch, falam em três fases do jusnaturalismo, a saber o jusnaturalismo antigo, que tem como ideia central a relação entre direito e natureza, o jusnaturalismo medieval, que tem como ideia central a relação entre direito e Deus, e, por fim, o jusnaturalismo moderno ou, na linguagem de Mata-Machado, o jusracionalismo, que tem como ideia central a relação entre direito e razão.

Como aspecto comum dessas três fases tem-se a definição de um conteúdo que constitui o pilar de legitimidade da ordem jurídica. Dessa forma, a legitimidade do direito está diretamente ligada à moral, na linguagem do jusnaturalismo ao direito natural, e deve extrair dela seu fundamento de validade.

O positivismo jurídico, especialmente as teorias desenvolvidas por Kelsen e Hart, constituem, em certo sentido, a antítese do jusnaturalismo. Os positivistas, sobretudo Kelsen, entendem que o fundamento de validade do direito no jusnaturalismo é dogmático, pois em um mundo permeado pelo relativismo axiológico, ou seja, pelo fato de valores morais serem subjetivos, não existe uma moral, mas várias. Contra o caráter material do fundamento de validade do direito no jusnaturalismo, busca o positivismo outra forma de justificação, que seja meramente formal. Assim, o positivismo jurídico situa-se no contexto histórico de um mundo – o mundo moderno, em que, como defende Kelsen, não há uma moral, mas sim, uma pluralidade delas. Por isso, na visão positivista, não é possível uma fundamentação material de validade de direito

No contexto dessa pluralidade de visões morais, típicas da modernidade, e do positivismo jurídico, como uma teoria crítica em relação ao jusnaturalismo, o presente trabalho visa discutir a possibilidade de vinculação entre, por um lado, a postura sóbria e exigente do positivismo jurídico, com sua marcante abertura ao pluralismo, e, por outro lado, a proteção a direitos básicos que são pressupostos para os demais direitos, ou seja, direitos iniciais que servem de ponto de partida para que novos direitos possam ser estabelecidos.

Esta tese defende duas ideias fundamentais. A primeira ideia consiste na necessidade de o direito positivo conter uma proteção mínima a determinados bens sociais. Ela será denominada, neste trabalho, tese do conteúdo mínimo. A segunda ideia consiste no fato de a primeira ideia, ou seja, a tese do conteúdo mínimo, ser compatível com o positivismo jurídico refletido, entendido aqui como o positivismo de Hans Kelsen e H. L. A. Hart, pelo menos em certa medida.

O positivismo desenvolvido por Kelsen é denominado de diferentes formas, desde normativismo jurídico, passando por neopositivismo lógico até formalismo jurídico. Já o positivismo de Hart é comumente denominado positivismo analítico. O foco dessa seção é uma análise dos pontos em comum entre as teorias de Kelsen e Hart. Para isso adota-se o termo positivismo refletido, cunhado por Höffe:

Diante disso [necessidade de distinguir o direito de um ordenamento de criminosos], o filósofo austríaco do direito e constitucionalista Hans Kelsen (1881-1973) e o filósofo britânico do direito Herbert L. A. Hart (1907-1993) desenvolveram um 'positivismo refletido'. De acordo com Kelsen, o direito consiste em uma hierarquia de autorizações, abonada em última instância, por uma norma fundamental. E, segundo Hart, o direito consiste de um corpo de regras que encontra o reconhecimento empírico das pessoas a que dizem respeito (HÖFFE, 2003, p. 40).

Esse termo é adequado, pois une as propostas de Kelsen e Hart, destacando ainda sua oposição ao positivismo jurídico então vigente. Além disso, ele põe em relevo que as propostas de Kelsen e Hart são duas propostas bem mais elaboradas que as propostas que tinham sido anteriormente elaboradas dentro da tradição positivista.

A tese do conteúdo mínimo advoga a ideia de que o direito positivo precisa regular minimamente a liberdade e a igualdade, por serem elas os bens essenciais de toda ordem jurídico-positiva. Esses bens se constituem como condição de possibilidade de todos os direitos previstos no ordenamento jurídico, inclusive dos

direitos fundamentais. A compatibilidade da tese do conteúdo mínimo com o positivismo não implica que aquela seja uma tese positivista, mas sim que ela é uma tese que pode ser adotada por um pensador positivista, sem que com isso ele confronte diretamente suas ideias fundamentais.

1.2 Itinerário do trabalho

A posição que uma teoria adota em relação à questão fundamental sobre se o direito deve ou não proteger determinados conteúdos, bem como quais são eles, depende basicamente da posição que a teoria adota no que diz respeito à complexa questão da relação entre direito e moral. Em virtude disso, o primeiro passo do trabalho consistirá na investigação de duas classificações importantes que possuem como objeto as teorias jurídicas: a classificação tradicional Jusnaturalismo/Positivismo Jurídico e a classificação contemporânea de Robert Alexy, que divide as teorias jurídicas em positivistas e não positivistas.

Alexy é um dos mais importantes teóricos contemporâneos que busca uma superação do positivismo jurídico. Esse termo, no sentido a ele atribuído por Trivisonno (2013), se relaciona àquelas teorias que levam a sério as anteriores, reconhecendo seus pontos relevantes e, ao mesmo, destacando seus aspectos que devem ser alterados ou aprimorados. Alexy parece reconhecer que um dos problemas do positivismo é a ausência de ferramentas adequadas para lidar com a discricionariedade judicial. Isso porque não há, por parte dos principais teóricos do positivismo, a saber, Kelsen e Hart, o apoio um espaço interpretativo excessivo, que permitiria inclusive decisões *contra legem*. Tanto Kelsen quanto Hart criticam a defesa de uma identificação do direito com absolutamente tudo o que os juízes fazem, postura que encontra guarida, por exemplo, no realismo jurídico norte americano (Holmes). Se, por um lado, o positivismo jurídico identifica o problema da discricionariedade, bem como seus limites, por outro lado ele não dispõe de um arcabouço teórico para resolvê-lo. No contexto de sua discussão com as teorias positivistas, Alexy desenvolve uma classificação das teorias do direito que possui o mérito de não opor ao positivismo jurídico o jusnaturalismo, mas sim o não positivismo.

Como se perceberá, a classificação elaborada por Alexy apresenta problemas, pois, embora possua a vantagem da simplicidade, ao conceber duas categorias básicas, que se opõem mutuamente (Jusnaturalismo e Positivismo), acaba não

acomodando várias teorias, sobretudo teorias modernas e contemporâneas. Ao apresentar, como categorias fundamentais, o positivismo e o não positivismo, Alexy consegue, acomodar, em sua classificação, teorias que, pelo menos à primeira vista, não parecem ser nem positivistas nem jusnaturalistas. Na classificação tradicional, se uma teoria não é positivista ela é, necessariamente, jusnaturalista e vice-versa. Na classificação de Alexy, se uma teoria não é positivista ela não necessariamente será jusnaturalista, mas sim não positivista.

Porém, a classificação elaborada por Alexy também é submetida a criticismo. Dois tipos diferentes de críticas podem ser levantadas contra ela. O primeiro tipo de crítica considera correta a ideia central da classificação, mas busca realizar aperfeiçoamentos, enquanto o segundo tipo considera a própria ideia da classificação equivocada e se propõe a atacá-la.

No primeiro tipo de crítica, destacam-se objeções à simplicidade da divisão, buscando estabelecer novas categorias além das cinco subdivisões originalmente elaboradas por Alexy, bem como discutir a posição na qual melhor se enquadram alguns filósofos que teriam sido colocados, por Alexy, fora dos grupos a que realmente pertencem, como, por exemplo, São Thomas de Aquino e Radbruch antes da Segunda Guerra.

Por outro lado, o segundo tipo de críticas, capitaneada por Raz, tenta fulminar a própria classificação empreendida por Alexy, com o argumento de que ela seria desnecessária e, além disso, ela acabaria provocando uma redução na discussão a respeito do conceito de direito.

Esse estudo das classificações das teorias jurídicas, que será realizado no Capítulo 2, permitirá a obtenção de maior clareza quando da análise dos rudimentos da tese do conteúdo mínimo no Positivismo Jurídico, bem como das características da vinculação de conteúdo entre direito e moral no não positivismo jurídico.

No Capítulo 3, serão abordadas as características fundamentais do Positivismo Jurídico Refletido. Após isso, ainda no Capítulo 3, analisar-se-á três propostas atuais que podem ser inseridas na tradição positivista. A primeira delas é a de Hoerster e sua ideia de uma ética intersubjetivamente fundada. A segunda de Raz, que será investigada com especial foco no seu conceito de autoridade legítima e na sua tese das fontes. A terceira é a de Bäcker, que visa construir uma teoria do discurso inspirada na teoria de Alexy, porém em bases relativistas, com apoio no ótimo de Pareto.

No capítulo 4 serão analisadas algumas críticas formuladas contra ele. Como será demonstrado, a quase totalidade dessas críticas não se sustenta, sendo apenas duas delas pertinentes. A primeira trata do déficit de legitimidade da teoria positivista, ocasionado pela possibilidade de qualquer conteúdo ser entendido como um conteúdo jurídico. A segunda diz respeito à ausência de uma teoria da interpretação nos positivistas, que possa limitar ou eliminar a discricionariedade judicial.

Como se perceberá, a primeira crítica é, na verdade, apenas parcialmente procedente, pois o positivismo refletido já formula rudimentos de uma teoria que estabelece uma proteção mínima aos cidadãos de uma determinada comunidade jurídica. Um dos objetivos deste trabalho é exatamente superar essa primeira crítica, através da formulação de uma teoria do conteúdo mínimo que seja compatível com o positivismo jurídico.

No que diz respeito à segunda crítica, deve se atentar para o fato de que o positivismo refletido jamais defendeu a discricionariedade em um sentido ideológico. Tanto Kelsen quanto Hart se limitaram a constatar a existência da discricionariedade no direito, sobretudo a discricionariedade judicial. O problema das teorias positivistas de Kelsen e Hart consiste, portanto, menos no diagnóstico de um problema e mais na ausência de uma tentativa de solução para esse problema. O Capítulo 4 será fechado com uma discussão sobre o debate entre Positivismo e Não Positivismo Jurídicos, que procurará evidenciar se, e em que medida há uma superação daquele por este.

No Capítulo 5, serão apontados os rudimentos de uma tese do conteúdo mínimo no positivismo jurídico de Kelsen e Hart. Como se procurará demonstrar, a ideia da tese do conteúdo mínimo não é estranha ao positivismo refletido. Este trabalho defende que Kelsen e Hart, considerados por muitos como os maiores expoentes do positivismo jurídico, defenderam uma tese de base empírica, segundo a qual o direito possui um conteúdo mínimo. Em Kelsen, há o mínimo de liberdade, consubstanciado na regulamentação negativa, ou seja, no fato de ser impossível o ordenamento jurídico regulamentar todas as condutas humanas, bem como a eficácia mínima das normas de um sistema jurídico como condição de sua validade. Em Hart, há a defesa da existência de um direito natural mínimo, que se expressa através de truísmos relacionados a uma certa equivalência entre os indivíduos que formam uma determinada comunidade jurídica. Essas teses de Kelsen e Hart são consideradas rudimentos da tese do conteúdo mínimo proposta neste trabalho.

Depois de verificada a presença, no positivismo jurídico, de alguns rudimentos da aqui defendida tese do conteúdo mínimo, será realizada, no Capítulo 6, uma análise de como a vinculação entre moral e direito afeta a questão do conteúdo mínimo em teorias não positivistas, sobretudo na dualidade direitos humanos/direitos fundamentais.

A realização da investigação dos rudimentos da tese do conteúdo mínimo no positivismo (Capítulos 5) e da vinculação entre moral e direito no não positivismo (Capítulo 6) permitirá a identificação das características essenciais da tese do conteúdo mínimo, sua fundamentação e identificação de seu conteúdo, o que será realizado no Capítulo 7.

Como se tentará demonstrar, a liberdade e a igualdade são os bens sociais que devem ser protegidos pelo ordenamento jurídico, para que ele possua uma estabilidade mínima enquanto ordem normativa da conduta humana.

A justificação dessa escolha da liberdade e da igualdade como conteúdo mínimo será baseada em dois teóricos da tradição liberal: Kant e Rawls. Como será demonstrado, a importância e fundamentalidade das ideias de liberdade e igualdade pode ser extraída diretamente de Kant. Seu sistema filosófico tem na liberdade, entendida como autonomia, o ponto central do qual é derivada toda a estrutura e conteúdo de sua teoria moral. A união desses dois direitos se dá, em Kant, por intermédio do imperativo categórico, que é clara manifestação da liberdade, mas também da igualdade. Isso fica claro se tomada como base a primeira fórmula do imperativo categórico, a fórmula da lei universal. Se deve se agir de modo que a máxima da ação possa valer enquanto uma lei universal, tem se então a liberdade ligada à ideia de que o sujeito que age é aquele que cria sua própria legislação – ou seja, liberdade enquanto autonomia – bem como a igualdade contida na ideia de que essa lei deve valer para todos indistintamente.

Em seus princípios de justiça, Rawls destaca claramente a conjugação entre as ideias de liberdade e igualdade. Os princípios de justiça constituem os critérios gerais fundamentais para uma sociedade mais justa, na medida que estruturam uma ideia de ampliação das oportunidades de modo que haja uma maior abertura das posições sociais importantes a todos em uma determinada sociedade, sobretudo aos menos favorecidos.

Ainda no Capítulo 7, serão apresentados dois exemplos de sociedades hipotéticas como forma de explicar como a tese do conteúdo mínimo pode ser

fundamental no desenvolvimento de uma determinada comunidade jurídica. Nesses exemplos tentar-se-á demonstrar a existência de uma relação direta entre o pluralismo e a necessidade de uma tese do conteúdo mínimo, na medida em que quanto maior é o pluralismo de uma determinada sociedade mais se torna clara a importância da adoção da tese do conteúdo mínimo.

1.3 Metodologia

Alexy discute a possibilidade de uma teoria ser estruturada por argumentos de natureza empírica, analítica ou dogmática, podendo haver construções híbridas entre essas três possibilidades.

Essa distinção aparece inicialmente em sua *Teoria da Argumentação jurídica*. Posteriormente o tema volta a ser destacado em seu *Conceito e Validade do Direito*. As observações relativas aos três tipos de argumentos se baseiam mais nas considerações do último livro de Alexy do que do primeiro. Isso porque trata-se de obra mais recente e também de tema mais afeito a investigação empreendida nesse trabalho que discute o conceito de direito.

A perspectiva empírica se relaciona com a dimensão da eficácia. Como destaca Alexy “é uma tese empírica a que afirma que um sistema que não protege nem a vida, nem a liberdade, nem a liberdade de um sujeito de direito qualquer não tem perspectiva alguma de vigência permanente” (ALEXY, 2009, p. 25).

Alexy liga ainda o estabelecimento de argumentos dessa natureza com uma exigência moral, nos seguintes termos:

Mas a proteção da vida, da liberdade e da propriedade também é uma exigência moral. Portanto, pode-se dizer que o cumprimento de determinadas exigências morais mínimas é factualmente necessário para a vigência permanente de um sistema jurídico (ALEXY, 2009, p. 25).

Esse argumento pode ser contestado com base nos autores do positivismo refletido. Tanto Kelsen como Hart estabelecem exigências dessa natureza, mas não as classificam como morais. A questão subjacente no ponto é a amplitude do que Alexy considera como moral e como isso está ligada à sua concepção jurídica. Como será visto em capítulo próprio, Bäcker, discípulo de Alexy, afirma que com base em

sua concepção deveria ser formulado um conceito positivista e não um conceito não positivista como pretende o próprio Alexy.

A perspectiva analítica diz respeito a questões conceituais. A estrutura lógica também tem lugar dentro dessa perspectiva. Como destaca Alexy “o argumento analítico mais importante em favor da tese positivista da separação é o de que não existe nenhuma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral” (ALEXY, 2009, p. 25).

Por sua vez a perspectiva normativa toca na questão relativa a padrões que devem ser buscados pelo direito. Nesse ponto também se ligam argumentos relacionados com a racionalidade do discurso jurídico. Com isso tem-se que um argumento normativo ligado ao conceito de direito “demonstra que a inclusão ou não de elementos morais no conceito de direito é necessária para que se alcance determinado objetivo ou para que se cumpra determinada norma” (ALEXY, 2009, p. 26).

Alexy cita o seguinte exemplo para ilustrar um argumento desse tipo:

[...] a alegação de que somente a tese da separação conduziria a uma clareza linguístico conceitual ou garantiria segurança jurídica, ou a afirmação em prol da tese da vinculação, de que ela seria capaz de oferecer a melhor solução para os problemas da injustiça legal (ALEXY, 2009, p. 26).

Os argumentos de ordem normativa são interessantes, mas não fundamentais para a análise feita nesse trabalho. Argumentos dessa natureza são levantados por Hoerster na defesa de um conceito positivista de direito.

O presente trabalho faz então uma análise empírico-analítica. Isso porque liga o problema da ineficácia sistêmica com o papel que o direito exerce na sociedade. Assim para que o direito cumpra seu papel de sistema que regula a vida em uma determinada comunidade precisa de uma eficácia mínima. Para que o sistema possua uma estabilidade mínima enquanto ordem normativa da conduta humana. E esse ponto será alcançado, em sociedades plurais, com o respeito mínimo aos bens sociais liberdade e igualdade.

No caso, um sistema jurídico baseada numa sociedade plural que não adote a exigência da tese do conteúdo mínimo teria dificuldades de se sustentar no longo prazo. A conjugação desses argumentos poderia ser descrita como “apenas sistemas jurídicos que tem vigência permanente são sistemas jurídicos” (ALEXY, 2009, p. 25).

2 OS TIPOS DE TEORIAS JURÍDICAS

Diversos autores, dentre eles Alexy, afirmam que a tese de que o direito deve possuir determinado conteúdo o liga necessariamente à moral e, portanto, a um conceito não positivista do Direito. O objetivo deste trabalho é investigar um caminho diferente, ou seja, indagar se a adição de um conteúdo que garanta uma proteção mínima a determinados direitos básicos, posição aqui denominada **Tese do conteúdo mínimo**, necessariamente implica a adesão a um conceito de direito conectado à moral.

Mas para que essa investigação seja realizada é necessário, primeiramente, discutir o conceito de moral.

2.1 A relação entre direito e moral

A moral pode ser considerada uma ordem normativa que possui determinado conteúdo que, em algumas teorias, serve de parâmetro para a conduta social e consequente para o direito. Mas, para Kelsen, é problemático considerar a moral como critério para se julgar a validade do direito:

Por isso, que desse ponto de vista não há uma Moral absoluta, isto é, que seja a única válida, excluindo a possibilidade de validade de qualquer outra; se se nega que o que é bom e justo de conformidade com uma ordem moral é bom e justo em todas as circunstâncias, e o que segundo esta ordem moral é mau é mau em todas as circunstâncias (KELSEN, 2003, p. 72).

Na mesma linha pode ser colocada a teoria de Hart, na medida em que afirma que “o direito de todos os Estados modernos mostra em pontos muito numerosos a influência não só da moral social aceita, como também de ideias morais mais vastas” (HART, 2000, p. 220). Assim pode-se perceber que, para Hart, a moral também é variável.

O termo “Moral”, por outro lado, pode ser empregado para designar o resultado de uma fórmula procedimental, que, porém, limita e determina o conteúdo deontico. Sobre o tema esclarece Nava Tovar que podem ser elencadas pelo menos 5 diferentes acepções do termo moral. Passa-se a elencar cada uma delas

A primeira concepção entende a moral como uma exigência da justiça. Segundo Nava Tovar:

O debate entre o direito positivo e o direito natural é um debate mais antigo que o debate entre Sócrates e os sofistas. Neste debate o objetivo tem sido ver se é possível dar um conceito de direito de acordo com uma adequação aos princípios de justiça¹ (NAVA TOVAR, 2015, p. 228, tradução nossa).

Essa primeira concepção estaria presente na obra de Kelsen, que, porém, conteria ainda uma outra concepção:

Se analisarmos a obra de Kelsen, desde a primeira edição da *Teoria Pura do Direito* de 1934 até a *Teoria Geral das Normas* de 1973, notaremos que há diversos significados do conceito de moral, entendendo a primeiro e principalmente como uma forma de vincular o direito com a justiça, também como a autonomia da consciência do sujeito, isto é, a consciência como autoridade moral e finalmente, como costumes sociais ou moral positivada.² (NAVA TOVAR, 2015, p. 229, grifos do autor, tradução nossa).

Assim Kelsen considera, além da primeira concepção moral – a moral como exigência de justiça que se conectaria com a autonomia da consciência do sujeito, uma outra concepção da moral, como ordem positiva, que corresponde à segunda aceção de Nava Tovar. Como mostra Nava Tovar, Kelsen concebe o jusnaturalismo clássico e a moralidade difusa ou popular como ordens morais positivas:

Estamos diante de uma distinção que busca diferenciar o direito de outros tipos de ordenamentos sociais que também prescrevem ações ou omissões humanas, a distinção entre o direito como uma ordem institucional e a moral entendida como a positivação de diretrizes de conduta social, sejam de caráter social ou religioso.³ (NAVA TOVAR, 2015, p. 230, tradução nossa).

A concepção que vincula o direito a uma moral positiva é facilmente criticável, exatamente pelos motivos destacados pelo positivismo. Se a moral tem um conteúdo dado, normalmente ligado a um grupo, é preciso considerar que existem várias

¹ Tradução livre do seguinte trecho: El debate entre el derecho positivo y el derecho natural es un debate más viejo que el sostenido entre Socrates y los sofistas. En este debate el objetivo ha sido ver si es posible dar un concepto de derecho de acuerdo a una adecuación a principios de justicia

² Tradução livre do seguinte trecho: Si analizáramos la obra de Kelsen, desde la primera edición de la *Teoría Pura del Derecho* de 1934 hasta la *Teoría General de las Normas* de 1973, notaremos que da diversos significados al concepto de 'moral', entendiéndola primero y principalmente como una forma de vincular al derecho con la justicia, también como la autonomía de la conciencia del sujeto, esto es, la conciencia como autoridad moral y finalmente, como costumbre sociales o moral positivada

³ Tradução livre do seguinte trecho: Estamos ante una distinción que busca diferenciar al derecho de otro tipo de ordenamentos sociales que también prescriben acciones u omisiones humanas, la distinción entre el derecho como una ordem institucional y la moral entendida como la positivación de pautas de conducta social, ya sean de carácter social o religioso

“morais” diferentes e muitas vezes divergentes. Assim, a compatibilidade entre elas só é possível fora do direito (KELSEN, 2003).

A terceira concepção de moral é, segundo Nava Tovar, a da moral crítica, que seria “compatível com o positivismo jurídico”. Nessa aceção, a moral tem por função indicar os pontos defeituosos do sistema jurídico e que, por essa razão, merecem correção. Segundo Nava Tovar há uma compatibilidade dessa noção com o positivismo:

[...] esta brecha entre o direito vigente e o direito correto permite transformar as normas e os sistemas jurídicos. Nesse sentido Hart fez uma defesa da perspectiva crítica feita ao direito mediante a tese da separação, segundo a qual está é que permite fazer frente ao abuso do poder legalmente válido.⁴ (NAVA TOVAR, 2015, p. 233, tradução nossa).

A quarta concepção de moral é, segundo Nava Tovar, identificada como a moral interna ou moralidade. Essa concepção pode ser entendida como “aquela ideia segundo a qual a moral está vinculada com a capacidade do indivíduo de examinar e dar-se suas próprias leis para levar a cabo uma ação ou omissão”⁵ (NAVA TOVAR, 2015, p. 233, tradução nossa). Como explica Nava Tovar:

Estamos diante da clássica distinção entre legalidade, entendida como um âmbito externo, objeto do direito, e moralidade, entendida como âmbito interno, inacessível ao direito. O núcleo desta concepção da moral está desenvolvida na obra dos filósofos clássicos da moral, da política e do direito: Kant e Hegel⁶ (NAVA TOVAR, 2015, p. 234, tradução nossa).

A compreensão dessa ideia pode ser encontrada em Kant e nas suas fórmulas do imperativo categórico:

Ora como uma razão pura, sem outros móveis, venham eles donde vierem, possa por si mesma ser prática, isto é, como o simples *princípio da validade universal de todas as máximas como leis* (que seria certamente a forma de

⁴ Tradução livre do seguinte trecho: Es decir, la idea de una moral crítica es compatible con el positivismo jurídico, porque esta brecha entre el derecho vigente y el derecho correcto permite transformar a las normas y sistemas jurídicos. En este sentido Hart há hecho una defensa de la perspectiva crítica hacia el derecho mediante la tesis de la separación, según la cual ésta es la que nos permite hacer frente al abuso de poder legalmente valido

⁵ Tradução livre do seguinte trecho: En esta concepción de moral qua interioridad del sujeto se trata de aquella idea según la cual la moral está vinculada con la capacidad del individuo de examinar y dar-se sus propias leyes para llevar a cabo una acción o omisión

⁶ Tradução livre do seguinte trecho: Estamos diante de la clásica distinción entre legalidad, entendida como un ámbito externo, objeto del derecho, y moralidad, entendida como un ámbito interno, inaccesible para el derecho. El núcleo de esta concepción de la moral está desarrollada en la obra de dos filósofos clásicos de la moral, la política y el derecho: Kant y Hegel.

uma razão pura prática), sem matéria alguma (objeto) da vontade em que de antemão pudesse tomar-se qualquer interesse, possa por si mesma fornecer um móbil e produzir um interesse que pudesse chamar-se puramente *moral* (KANT, 2005, p. 114 [124/125]).

Em Kant, o direito se fundamenta na moral, na medida em que constitui a liberdade exteriorizada. Assim, com o uso das fórmulas do imperativo categórico é possível chegar à ação devida juridicamente, que, porém, se insere no contexto da moral:

O direito não pode conceber-se como composto por dois elementos, quer dizer, pela obrigação segundo uma lei e pela faculdade daquele que obriga o outro mediante o seu arbítrio de os coagir a isso, mas sim, que podemos situar diretamente o conceito de direito na possibilidade de associar a coerção recíproca universal com a liberdade de cada um (KANT, 2005, p. 45 [232]).

Por fim, na quinta acepção de Moral considera como fundamento de normatividade do derecho “esta é a última concepção de moral, entendida como a fundamentação racional do direito.”⁷ (NAVA TOVAR, 2015, p. 235, tradução nossa). Segundo Nava Tovar, Alexy é um dos principais teóricos a defender essa noção:

Esta pretensão será retomada por Alexy para fazer frente ao desafio do positivismo jurídico; para isto, sustentará uma conexão conceitualmente necessária entre a moral e o direito. Esta conexão é referente a pretensão de correção e a segunda a institucionalização de um conteúdo correto do direito.⁸ (NAVA TOVAR, 2015, p. 237, tradução nossa).

Essa acepção defendida por Alexy, ou seja, a moral como um fundamento do direito, que pressupõe um procedimento racional de sua produção, é problemática, porque pressupõe a concordância com a teoria do discurso que se constitui como seu fundamento.

Apesar de a moral poder ser concebida de várias formas, ela desempenha um importante papel na conceituação do direito e, assim, na classificação das teorias que se ocupam do conceito de direito. Como um dos objetivos deste trabalho é averiguar se a Tese do Conteúdo Mínimo é compatível com o positivismo jurídico, torna-se necessário investigar com alguma proximidade seu conceito, o que será feito através

⁷ Tradução livre do seguinte trecho: Esta es la última concepción de moral, entendida como la fundamentación racional del derecho

⁸ Tradução livre do seguinte trecho: Esta pretensión será retomada por Alexy para hacerle frente al reto del positivismo jurídico; para ello, sostendrá una conexión conceptualmente necesaria entre moral y derecho. Esta conexión esta referida a la pretensión de corrección y la segunda a la institucionalización de un contenido correcto del derecho.

da investigação de duas classificações das teorias jurídicas: a classificação tradicional jusnaturalismo/positivismo jurídico e a classificação desenvolvida por Robert Alexy.

2.2 A classificação tradicional

Tradicionalmente, as teorias que abordam o conceito de direito, e que, por isso, tratam da discussão sobre a relação entre Direito e Moral, são divididas em jusnaturalistas e positivistas.

A doutrina do jusnaturalismo se baseia na dicotomia entre direito positivo e direito natural. O direito natural deve ser entendido “como conceito oposto ao direito positivo, criado pelo homem, o direito natural refere-se a uma instância pré e supra positiva, mais especificamente moral” (HÖFFE, 2004, p. 46).

Vários teóricos consideram a tragédia Antígona de Sófocles como o texto inaugural dessa discussão. Nesse sentido Höffe afirma:

Desde que Antígona, invocando-as 'leis não-escritas dos deuses, as imutáveis que não são de ontem ou de hoje" (Sófocles. Antígona, versos 471-473), ignorou uma ordem de Creonte, Rei de Tebas, e sepultou o seu irmão Polinice, arriscando a sua própria vida, a evolução do direito ocidental vive de um impulso crítico (HÖFFE, 2004, p. 45).

Existem várias classificações do jusnaturalismo. Segundo Radbruch podem ser elencadas pelo menos três grandes divisões dentro do jusnaturalismo: o jusnaturalismo antigo, em que o direito natural está ligado à ordem natural; o jusnaturalismo medieval, que possui como fio condutor a figura de Deus; o jusnaturalismo moderno que por sua vez se baseia na razão. (2008) Höffe explica bem essa distinção:

Se o direito natural se fundamenta, em última análise, numa ordem mundial instaurada por Deus ('direito natural cosmológico') na essência do ser Humano ('direito natural antropológico') ou ainda na razão (prática) ('direito natural racional' ou 'direito racional'), e se a parte contrária, o direito positivo, se alimenta de costumes jurídicos ou prejudgados ou mais de códigos legais, eis uma questão de segunda ordem (HÖFFE, 2004, p. 46).

A principal característica do jusnaturalismo é o estabelecimento de um fundamento de validade do direito de cunho material, ou seja, o direito deve se basear

num conteúdo previamente estabelecido que é proveniente de fonte externa ao direito. Com isso tem-se uma dicotomia entre direito positivo e direito natural.

Já o positivismo jurídico pode ser entendido como uma corrente contraposta ao jusnaturalismo, por defender um relativismo moral e, com isso, a impossibilidade de a moral conformar e obrigar os conteúdos estabelecidos pelo direito positivo. O positivismo rompe, portanto, com a tradição jusnaturalista, na medida em que estabelece um fundamento de validade do direito que é meramente formal.

Segundo Höffe “o pensamento jurídico europeu, vive durante séculos da justaposição e contraposição do direito natural e direito positivo” (2004, p. 46). Assim, a tradicional classificação jusnaturalismo/positivismo inegavelmente reflete duas concepções que vêm sendo defendidas ao longo da história do direito ocidental. Por isso ela é muito importante. Porém novas propostas de classificação têm surgido. A classificação de Alexy constitui uma delas.

Alexy inova ao trabalhar com a ideia de não positivismo como contraponto do positivismo, o que permite resgatar as contribuições do jusnaturalismo e ainda manter aberta a porta para teorias atuais de cunho diferente do positivismo. Isso não significa que Alexy rejeite que a conexão entre direito e moral seja um tema importante. Pelo contrário, para ele “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.” Na próxima seção a classificação de Alexy será analisada com mais proximidade.

2.3 A classificação de Alexy

Alexy elabora uma classificação que visa identificar as mais diversas teorias jurídicas que tratam do conceito de direito, dividindo-as em dois grandes grupos. O primeiro é formado pelas teorias que negam a existência de uma conexão necessária entre direito e moral, ou seja, pelos positivistas, enquanto o segundo é composto pelas teorias que pregam a existência de uma conexão necessária entre direito e moral, grupo denominado por Alexy como não positivismo.

Essa discussão foi elaborada, inicialmente, em um artigo denominado Crítica ao Positivismo Jurídico (*Zur Kritik des Rechtspositivismus*), tendo aparecido

novamente como tema central da obra monográfica *Conceito e Validade do Direito (Begriff und Geltung und des Rechts)* – livro publicado em 1992. Como explica Toledo:

Diversamente dos dois livros anteriores, obras advindas de duas teses acadêmicas, este livro surgiu do projeto da elaboração de um capítulo para a obra *Rechtssystem und praktische Vernunft* (Sistema Jurídico e Razão Prática), publicada em 1991, em coorganização com Ralf Dreier. Alexy visava então à exposição concisa da Teoria do Direito segundo sua concepção, amadurecida ao longo de cerca de 20 anos de pesquisa e docência. Como essa exposição superou em muito a extensão e profundidade exigidas por um artigo, Alexy decidiu publicá-la na forma de livro, do que resultou o *Conceito e Validade do Direito* (TOLEDO, 2017, p. 38).

A classificação de Alexy continuou a ser desenvolvida em escritos posteriores, até que chegasse a forma que possui hoje, em que o positivismo se divide em dois subgrupos e o não positivismo se divide em três subgrupos, de modo que, no total, cinco grupos diferentes de teorias jurídicas que serão debatidas na seção seguinte.

Como visto na seção anterior, a contraposição clássica ao Positivismo Jurídico era o Jusnaturalismo. Ocorre que, especialmente a partir da segunda metade do século passado, surgem novas propostas teóricas sobre o direito que visam estabelecer um contraponto tanto ao positivismo quanto ao jusnaturalismo. Por serem críticas a ambas correntes tradicionais essas novas propostas não podem se inserir na classificação tradicional, o que tornou necessário sua reformulação. Essa constitui uma das principais razões para o fato de, na classificação de Alexy, o jusnaturalismo substituir o não-positivismo.

Isso não quer dizer que a proposta de Alexy resolva todos os problemas de classificação. Assim, por exemplo, no tocante a algumas teorias recentes que também buscam trilhar um caminho diverso do positivista não há, em muitos casos, consenso sobre a melhor denominação. Nos países de língua espanhola e no Brasil, o termo pós positivismo tem ganhado vários adeptos. Se e em que medida outras classificações e propostas de nomenclatura são compatíveis com a classificação de Alexy pode ficar, aqui, em aberto.

Para Alexy, a característica do grupo que se opõe ao positivismo não é, necessariamente, a defesa de um direito natural, mas a defesa da tese da conexão entre direito e moral. Isso significa que, na visão de Alexy, enquanto o positivismo se caracteriza pela defesa da tese da separação, ou seja, por defender que não existe conexão conceitual necessária entre direito e moral, o não positivismo se caracteriza

pela defesa da tese da conexão, ou seja, por defende que existe uma conexão conceitual necessária entre direito e moral (ALEXY, 2014).

Para o positivismo jurídico o direito possui os elementos da legalidade e da eficácia. Já para o não positivismo o direito deve ter, além desses dois elementos, um terceiro elemento, que é a pretensão de correção constituída através de sua ligação com a moral. Alexy relaciona assim os dois primeiros elementos com a dimensão real ou fática do direito e o terceiro com a dimensão ideal (ALEXY, 2014). Toledo explica essa ideia da seguinte forma:

Os elementos da esfera empírica não são atinentes ao conteúdo do Direito. Perguntam simplesmente por sua validade formal (emissão autoritativa) e por sua realização ou cumprimento (eficácia social). Ambos os elementos relacionam-se, portanto, com o princípio formal da segurança jurídica, que se refere à previsibilidade do enquadramento da conduta no ordenamento jurídico, envolvendo então as noções de estabilidade do direito positivo e confiabilidade nele. Já o elemento da dimensão ideal do Direito, a pretensão de correção, diz respeito ao conteúdo do que é por ele declarado. Pretende-se que o Direito posto seja acertado e sua correção depende da sua justiça. Portanto, o critério de correção do Direito é fornecido pelo princípio material da justiça, composto pelos vários princípios materiais de direitos fundamentais (TOLEDO, 2017, p. 39).

Embora a classificação de Alexy tenha a vantagem abarcar tanto as teorias jusnaturalistas quanto as teorias críticas ao positivismo que não se enquadram no jusnaturalismo, ela possui um problema: o nome escolhido (não positivismo) não indica precisamente aquilo que seus partidários defendem. Por isso, ele acaba se tornando um conceito guarda-chuva, debaixo do qual todas as teorias que se contrapõem ao positivismo jurídico poderiam encontrar abrigo.

Com a classificação e defesa de um conceito não positivista de Direito, Alexy visa se contrapor ao positivismo, afirmando a necessidade do direito se ligar à moral:

Alexy desenvolve uma crítica ao positivismo jurídico mediante uma série de argumentos vinculados aos problemas que sempre tendem a aparecer quando tratamos de definir o direito como algo mais que as ordens respaldadas por um grupo de ladrões.⁹ (NAVA TOVAR, 2014, p. 222, tradução nossa).

Com isso destacam-se as implicações que a adoção de uma ou outra postura frente ao direito pode acarretar nas decisões jurídicas fundamentais:

⁹ Tradução livre do seguinte trecho: Alexy desarrollará una crítica al positivismo jurídico mediante una serie de argumentos vinculados a los problemas que siempre suelen aparecer cuando tratamos de definir al derecho como algo más que las ordenes respaldadas por un grupo de ladrones.

Esclarecer o que é o direito implica conhecer certas propriedades que tornam o direito uma coisa específica e não outra. Precisamente, tentar encontrar uma natureza do direito implicará esclarecer quais são as propriedades constitutivas daquilo que queremos entender como direito.¹⁰ (NAVA TOVAR, 2014, p. 223).

Na seção seguinte discute-se de forma mais detalhada a classificação empreendida por Alexy.

2.3.1 Elementos centrais da classificação de Alexy

A Classificação de Alexy possui como categorias fundamentais como visto, o positivismo e o não positivismo. Pretende-se agora realizar uma investigação mais detalhada desses dois tipos de teoria, começando pelo positivismo.

Alexy divide o positivismo jurídico em exclusivo e inclusivo. O positivismo exclusivo pode ser entendido como uma corrente que advoga a tese da separabilidade, ou seja, a necessária exclusão dos elementos morais no conceito de direito. O critério de definição do direito, suas fontes, são independentes e livres da influência moral em quaisquer circunstâncias. Assim tem-se que o positivismo exclusivo “como advoga mais proeminentemente Joseph Raz, sustenta que a moralidade está necessariamente excluída do conceito de direito”¹¹ (ALEXY, 2008, p. 285, tradução nossa).

O positivismo inclusivo defende que direito e moral podem ter uma relação contingente. Isso quer dizer que existe a possibilidade de uma influência recíproca, a ponto de afetar o direito, mas seu conceito pode ser definido por critérios não morais. Conforme destaca 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”¹² (ALEXY, 2008, p. 285-286, tradução nossa).

10 Tradução livre do seguinte trecho: Aclarar qué es derecho implica conocer ciertas propiedades que hacen que el derecho sea una cosa específica y no sea otra. Precisamente, intentar buscar una naturaleza del derecho implicará aclarar cuáles son esas propiedades constitutivas de aquello que deseamos comprender como derecho.

¹¹ Tradução livre do seguinte trecho: [...] as advocated most prominently by Joseph Raz, maintains that morality is necessarily excluded from the concept of law.

¹² 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.

Por sua vez, o não positivismo caracteriza-se pela defesa da tese da conexão, ou seja, pela tese de que ao direito deve estar ligada necessariamente uma pretensão de natureza moral.

O pano de fundo dessa divisão é a tese da conexão que, por sua vez, como ressaltado acima, divide-se em tese da conexão fraca, defendida por Alexy, e tese da conexão forte. A tese da conexão forte advoga a completa equivalência entre o direito e a moral, significando assim que todo defeito moral corresponda a um defeito jurídico, que deve acarretar na supressão da validade da norma viciada. Uma defesa dessa tese pode ser encontrada, segundo Alexy, em *Beleyveld Brownsword*. A tese da conexão forte realiza a defesa de uma correspondência entre valor jurídico e valor moral, nos seguintes termos:

O risco de uma legitimação acrítica existiria se a tese não-positivista afirmasse que uma norma seria uma norma jurídica somente se o seu conteúdo correspondesse à moral. Essa é a variante da tese da conexão que Kelsen e Hoerster têm em mente quando eles formulam a objeção da legitimação acrítica. [...] Quando se assume essa versão da tese da conexão, que pode ser denominada “forte”, todo jurista que identifica uma norma como norma jurídica deve justificadamente classificá-la ao mesmo tempo como moral. Isso de fato conteria um risco de legitimação acrítica (ALEXY, 2014, p. 199).

Por sua vez, a tese da conexão fraca propõe padrões menos rígidos na aferição de compatibilidade entre uma norma jurídica e um preceito moral determinado:

A tese da conexão fraca não conduz a uma identificação do direito com a moral. De acordo com ela, normas injustas e assim imorais podem ser direito. Com isso ela possibilita, assim como o positivismo jurídico, uma crítica moral do direito e permite na mesma medida que este uma postura crítica. A diferença consiste somente no fato de que a partir de um determinado limiar perde-se o caráter jurídico. Poder-se-ia afirmar que isso já é suficiente para uma legitimação acrítica: juristas se inclinariam a dizer que esse limiar não teria sido cruzado e que o seu sistema jurídico possuiria pelo menos uma legitimação moral mínima (ALEXY, 2014, p. 200).

A distinção entre conexão forte e fraca dá origem a três formas diferentes de não positivismo: não positivismo inclusivo, não positivismo superinclusivo e não positivismo exclusivo.

O não positivismo superinclusivo defende uma conexão entre direito e moral que pode ser considerada extremamente forte do ponto de vista teórico, de modo que se pode até falar em vinculação do direito com a moral. Ocorre, porém, que do ponto de vista prático a violação da moral por parte do direito – ou seja a existência de uma

norma contrária a moral – não implica qualquer alteração no âmbito de sua validade jurídica. Assim uma norma imoral permanece válida. 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 positivismo¹³ (ALEXY, 2008, p. 288, tradução nossa).

No não positivismo inclusivo defende-se uma conexão do Direito com a Moral, ou seja, que o conceito de direito deve conter necessariamente elementos morais, mas, mais que isso, defende-se que a violação da moral por uma norma jurídica afeta a validade das normas jurídicas apenas em casos limite. Alexy explica que segurança jurídica deve prevalecer na maioria dos casos em que a norma jurídica viola justiça ou pretensão de correção. O caso limite, que acarretaria a retirada de validade de uma norma jurídica por violação da moral seria expresso 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 (RADBRUCH, 1962, p. 37, tradução nossa).

A tese da conexão fraca advoga, como visto, portanto, que apenas em casos limites o direito deve perder sua validade em virtude de um defeito moral. Alexy utiliza-se da fórmula de Radbruch como base para sua defesa. Concebida no retorno que Radbruch faz ao jusnaturalismo, bastante impactado com os horrores provocados pelo nazismo, essa fórmula pode ser resumida, segundo Alexy na seguinte ideia: “a injustiça extrema não é direito” (ALEXY, 2014, p. 215).

Como última posição dentro do não positivismo tem-se o não positivismo exclusivo. Essa corrente defende uma conexão forte entre direito e moral. Assim, para

¹³ 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.

ela, deve haver uma equivalência entre a norma moral e a norma jurídica, em todos os casos. Quando não houver essa equivalência, a norma jurídica perde a validade. Ao contrário do não positivismo superinclusivo, aqui um demérito moral acaba por também se tornar, sempre, um demérito jurídico, com força suficiente para afetar a validade da norma jurídica que viola a moral. Em síntese, a violação de uma norma moral por parte da norma jurídica acarreta sempre a perda de sua validade jurídica. Assim, para essa corrente, uma norma jurídica que viola a moral não pode ser aplicada, porque inválida. Alexy aponta Beleyweld e Brownsword como partidários dessa tese:

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 jurídica¹⁴ (ALEXY, 2008, p. 287, tradução nossa).

Nas diferentes concepções do não positivismo a conexão do direito com a moral gera, portanto, diferentes resultados no sistema jurídico. Para melhor compreender esses resultados é necessário analisar a distinção, apresentada por Alexy, entre dois tipos de conexão entre direito e moral: conexões classificatória e qualificatória. A primeira determina que “normas ou sistemas normativos que não satisfazem um determinado critério moral não são normas jurídicas ou sistemas jurídicos” (ALEXY, 2015, p. 277).

Já a conexão qualificatória não tem o condão de retirar o caráter jurídico de uma norma ou ordenamento:

Por outro lado, é afirmada apenas uma conexão qualificatória quando se diz que normas ou sistemas normativos que não satisfazem um determinado critério moral podem ser normas jurídicas ou sistemas jurídicos, mas são normas jurídicas ou sistemas jurídicos defeituosos. Decisivo é que o defeito que é alegado seja um defeito jurídico e não simplesmente um defeito moral. A fórmula de Radbruch aponta para uma conexão classificatória. Por isso ela estará no centro das próximas considerações. (ALEXY, 2015, p. 277)

¹⁴ 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.

No não positivismo exclusivo há apenas conexão de natureza classificatória, pois uma norma que tiver qualquer defeito moral perde a validade. Por sua vez, no não positivismo superinclusivo a conexão é sempre qualificatória. Isso porque o defeito moral afeta a qualidade de uma norma – que será qualificada como injusta, mas não sua validade. Por fim o não positivismo inclusivo possui uma posição mediada, em que as duas espécies de conexão entre direito e moral estão presentes. A conexão é qualificatória nos casos de defeitos morais abaixo do limiar da injustiça extrema e classificatória nos casos de injustiça extrema.

Após essa explicação sucinta da classificação de Alexy e de seu conceito de direito, passa-se agora às críticas e problemas que podem ser contra ela direcionados.

2.3.2 Críticas à classificação de Alexy

Existem basicamente dois tipos de críticas possíveis contra a classificação de Alexy. Em primeiro lugar existem críticas que aceitam a divisão e visam contribuir para seu desenvolvimento, seja através da análise de como enquadrar determinados autores dentro das subdivisões, seja através da elaboração de novas subdivisões. Essa ideia de refinamento e desenvolvimento da classificação de Alexy é encontrada em autores como Adachi, Aguiar Oliveira e Trivisonno, dentre outros.

Em segundo lugar, existem autores que criticam a própria classificação, argumentando que ela seria inadequada, como é o caso de Raz, ou que a tese de Alexy deveria caminhar para uma teoria mais alinhada ao positivismo que ao não positivismo jurídico, como insiste Alexy. Assim, Carsten Bäcker desenvolve, a partir da teoria de Alexy, um conceito de direito positivista, decorrente de um giro relativista, que em sua visão é necessário (BÄCKER, 2017).

Ao longo deste trabalho as duas espécies de críticas serão abordadas, na medida em que elas servirão para demonstrar a relativa inconsistência da classificação de Alexy, pelo menos em sua formulação clássica de três divisões dentro do não positivismo e duas dentro o positivismo. A classificação de Alexy peca por sua extrema simplicidade. Como toda simplificação, ela tem o ganho de ser de fácil compreensão e de poder abarcar as mais diversas teorias dentro de cada uma das divisões, contudo ela perde consideravelmente em precisão.

A crítica de Adachi evidencia esse problema da classificação de Alexy. Ele formula uma outra relação possível entre direito e moral, diferente das contempladas

pela classificação de Alexy. Na concepção de Alexy, se há uma conexão conceitual necessária entre direito e moral tem-se um conceito não positivista de direito e, ao contrário, se não há tal conexão necessária, tem-se um conceito positivista de direito. A ideia de Adachi é formulada nos seguintes termos:

A Terceira fórmula, mantém que pelo menos uma norma não moral e outra moral devem existir necessariamente. Isso significa que há pelo menos uma norma moral e simultaneamente, pelo menos uma norma não moral em todo sistema jurídico¹⁵ (ADACHI, 2015, p.8, tradução nossa).

A coexistência necessária e simultânea entre norma moral e norma não moral dentro do direito se constitui numa novidade dentro das concepções que consideram como adequada a classificação empreendida por Alexy. Trata-se de formulação logicamente possível que pode abrir espaço para um novo parâmetro de classificação para além dos já clássicos positivismo e não positivismo.

Aguiar de Oliveira, por sua vez, reconstrói a teoria de Alexy em um outro aspecto. Ele defende a impossibilidade de aplicação da fórmula da injustiça extrema pelos julgadores. Talvez essa ideia possibilitar uma nova subdivisão dentro do não positivismo. Aguiar de Oliveira, defende “a tese de que ela [a fórmula de Radbruch] deve ser aceita como elemento do conceito de direito, mas recusada enquanto prescrição judicial” (2014, p. 169).

Trivisonno, por sua vez, parte da ideia de que há uma falha na classificação, tendo em vista que é possível uma construção teórica entre o denominado não positivismo inclusivo e o não positivismo exclusivo. Para isso ele se utiliza da escala triádica simples (leve, média e grave) para classificar o grau de injustiça. Assim, segundo Trivisonno, uma forma de não positivismo que defenda que uma injustiça abaixo da injustiça extrema (ou seja, abaixo de grave) não seja direito não encontra guarida na divisão de Alexy, o que faz surgir uma nova categoria:

A adoção de uma escala triádica simples para classificar os graus de injustiça seria suficiente para perceber a existência, entre o não-positivismo inclusivo e o não-positivismo superinclusivo, de um espaço lógico. Uma vez que o não-positivismo inclusivo afirma que apenas a injustiça grave (s) ou extrema não é direito e uma vez que o positivismo exclusivo afirma que toda injustiça, seja

¹⁵ Tradução livre do seguinte trecho: The third formula, $\square(\exists x\neg Mx \ \& \ \exists xMx)$, maintains that at least one unmoral legal norm and at least one moral legal norm must necessarily exist. It means that there is at least one unmoral norm, and, simultaneously, at least one moral norm in every possible legal system. To the best of my limited knowledge and insight, I believe that this position has probably never been presented in major works of legal philosophy.

ela leve (l), média (m) ou grave (g), não é direito, perceber-se-ia existir, já com a aplicação de uma escala triádica simples, um espaço lógico entre não-positivismo inclusivo e exclusivo, um tipo de positivismo que afirma que somente as injustiças média (m) e grave (s) não são direito. Denominarei esse espaço lógico entre o não-positivismo inclusivo e exclusivo “não-positivismo subinclusivo” (TRIVISONNO, 2015, p. 117).

Tanto a escala triádica simples quanto a escala triádica dupla são utilizadas por Alexy em alguns textos sobre a sua teoria dos princípios, notadamente o artigo A Fórmula do Peso. Baseado em uma escala triádica dupla, Trivisonno afirma ser possível um enorme número de novas divisões dentro do não positivismo:

Quando se adota uma classificação triádica dupla para se classificar a injustiça extrema, o referido espaço lógico se divide em sete formas de não-positivismo subinclusivo, que correspondem desde a injustiça leve-média (lm) até a grave-média. Diante da dificuldade em se atribuir nomes a cada um desses sete tipos de não-positivismo, denominarei todos eles “não-positivismo subinclusivo”, em sete diferentes formas (TRIVISONNO, 2015, p. 118).

De fato, o tratamento da injustiça enquanto fenômeno capaz de fulminar a validade de uma norma jurídica não está bem solucionado na divisão empreendida por Alexy. O não positivismo exclusivo socorre qualquer tipo de defeito moral com invalidade da norma e o não positivismo inclusivo só o faz nos casos de injustiça extrema. Vê-se assim que assiste razão a Trivisonno quando ele procura incorporar, na classificação, os graus intermediários de injustiça nela não contemplados.

Como já dito alhures, algumas críticas se dirigem mais frontalmente contra a própria ideia da classificação. Raz é o autor que melhor encarna esse tipo de crítica. As críticas de Raz estão orientadas inicialmente contra o livro de 1992, *Conceito e Validade de Direito*. Os refinamentos posteriores nos quais aparecem as divisões internas do positivismo e do não positivismo não mudam o ponto fundamental que é objeto de crítica por parte de Raz:

Eu não estou preocupado se minha posição é classificada como positivismo jurídico, como ela normalmente é, ou não. Eu acredito que uma classificação das teorias jurídicas como positivistas ou não positivistas, que dá suporte a estrutura da obra de Alexy, é inútil e pode ser responsável por erros. E de certo modo minhas observações aqui são para ilustrar esse ponto. Mas eu não sei de nenhum teórico que pense que o fato de uma teoria sobre a natureza do direito fazer alegações que podem apenas ser feitas com o uso

de conceitos morais dizer que isso não pertence à tradição do positivismo jurídico¹⁶ (RAZ, 2007, p. 3 e 4, tradução nossa).

Raz insiste na ideia de que a construção de um conceito de direito que não possua elementos morais não implica numa defesa de um conceito que não tenha, do ponto de vista conceitual, uma conexão necessária com a moral. Para Raz a “proposição de que a definição do direito não contém elementos morais, isto é, de que ele pode ser articulado sem o uso de argumentos morais, não pressupõe que há não uma conexão necessária entre direito e moral”¹⁷ (RAZ, 2007, p. 4, tradução nossa).

Para provar seu ponto de vista, Raz cita como exemplo sua própria teoria. Em sua visão, “mesmo se todas as características essenciais do direito podem ser dadas sem o uso de conceitos morais pode ser o caso de que ele tem aqueles aspectos implicar que ele tem algum mérito moral”¹⁸ (RAZ, 2007, p. 4, tradução nossa).

A classificação elaborada por Alexy não parece contemplar todas as possibilidades teóricas possíveis. Creio ser possível a existência de uma tese entre a tese da separabilidade e a tese da conexão fraca. Uma das investigações desse trabalho é se a Tese do Conteúdo Mínimo poderia ser considerada uma tese da conexão fraquíssima ou uma nova modalidade de tese da separabilidade, preenchendo assim essa lacuna.

Como visto, a classificação de Alexy apresenta problemas. Parecem existir muitos pontos de proximidade entre o que Alexy determina como positivismo inclusivos e aqueles classificados como não positivistas superinclusivos e inclusivos. Esses pontos de intersecção serão discutidos ao longo do trabalho.

2.3.3 Utilidade da classificação de Alexy

¹⁶ Tradução livre do seguinte trecho: I do not care whether my views are classified with legal positivism, as they commonly are, or not. I believe that the classification of legal theories as legal positivist or non-legal positivist, which underpins the structure of Alexy’s book, is unhelpful and liable to mislead. And in a way my remarks here are meant to illustrate this point. But I know of no one who thinks that the fact that a theory of the nature of law makes claims which can only be made with the use of moral concepts shows that it does not belong to the legal positivist tradition.

¹⁷ Tradução livre do seguinte trecho: the proposition that the definition of law does not contain moral elements, ie can be articulated without the use of moral concepts, does not presuppose that there is no conceptually necessary connection between law and morality

¹⁸ Tradução livre do seguinte trecho: even if all the law’s essential features can be stated without the use of moral concepts it may be the case that it has those features entails that it has some moral merit.

Apesar de seus problemas, a classificação elaborada por Alexy ajuda a entender e agrupar uma diversidade de teorias que à primeira vista seriam consideradas estanques, sob o termo de Não Positivismo. Do ponto de vista do diálogo com o positivismo também podem ser verificados pontos positivos.

Um destaque que deve ser mencionado encontra-se na questão atinente à escolha da nomenclatura adotada por Alexy para as correntes que discutem o conceito de direito. O termo não positivismo permite abarcar numa mesma linha teorias formuladas por Thomas de Aquino e Kant, filósofos importantes para a construção do sistema jurídico atual, mas que escreveram suas ideias muito antes do positivismo refletido de teorias com as formuladas por Dworkin e o próprio Alexy terem sido criadas. Esse fio condutor possibilita a entrada no debate de teóricos sem a preocupação quanto ao critério cronológico.

Isso permite a Alexy incorporar em grande medida as ideias do que se denomina neste trabalho positivismo refletido. Pode-se afirmar com clareza que o conceito de direito formulado por Alexy, além de sua inspiração declarada em Radbruch, está amparado também, em certa medida, em Kelsen e Hart (pertencentes ao denominado positivismo refletido). De Kelsen Alexy extrai os conceitos de validade e de norma fundamental; de Hart ele extrai a discussão sobre os pontos de vista interno e externo; de Radbruch ele extrai a ligação do direito à pretensão de correção.

Percebe-se, portanto, que Alexy rompe com o Positivismo refletido ao adicionar a fórmula de Radbruch a seu conceito de direito. Apesar disso, sua relação com o positivismo é forte. Não à toa esses três teóricos do direito são apontados por Alexy como os principais do século XX:

No século XX, as três maiores figuras desse círculo [filósofos do direito em sentido estrito] são Kelsen, Radbruch e Hart. Kelsen formulou o problema da normatividade com uma clareza que não foi atingida por nenhum pensador antes dele. Radbruch não é colocado nesse triunvirato apenas por causa de sua conhecida fórmula, [...] mas sobretudo por sua interpretação do direito como 'realidade [...] que possui o sentido de servir à ideia de direito', bem como por sua explicação da ideia de direito através dos valores da justiça, adequação a fins e segurança jurídica. Por fim, Hart lançou, com sua análise dos pontos de vista interno e externo e com a distinção entre eles, uma base essencial para a compreensão da natureza do direito (ALEXY, 2014, p. 336).

Nessa linha interpretativa segue Simioni, que afirma:

Exatamente nesse complexo marco teórico, Alexy vai procurar superar o normativismo analítico de Kelsen com a introdução dos princípios morais e

valores éticos da fórmula de Radbruch para dentro do direito positivo, por meio da distinção de Hart entre justificação interna e externa (SIMIONI, 2014, p. 235).

Com isso tem-se que, apesar das críticas formuladas por diversos teóricos à classificação de Alexy, deve-se reconhecer sua importância e utilidade. Ela serve de parâmetro para analisar a questão sobre as consequências para o direito de se adotar ou não um conceito de direito que consagre uma postura aberta ou fechada à moralidade.

O positivismo jurídico será objeto da investigação feita no capítulo seguinte. Nele serão analisadas as principais teorias positivistas, as de, Kelsen e Hart, que juntas serão denominadas positivismo refletido, bem como três propostas recentes dentro da tradição positivista: as propostas de Hoerster, Raz e Bäcker.

Por sua vez, o não positivismo, especialmente a proposta de Radbruch, elaborada depois da segunda grande guerra, voltará a ser investigado no Capítulo 5.

3 O POSITIVISMO JURÍDICO

Neste capítulo, discutir-se-á as concepções teóricas atinentes ao positivismo jurídico. O enfoque especial será na identificação de seus pressupostos e na exposição de suas diferentes propostas teóricas.

Há uma certa controvérsia sobre quais teorias compõem o positivismo jurídico e sobre qual seria o denominador comum que permite que determinadas teorias possam ser abarcadas dentro dessa categoria.

Uma versão pouco complexa do positivismo jurídico já pode ser identificada, segundo alguns autores, em Hobbes e na sua defesa de uma rigidez na observância do direito posto. Essa é exatamente a ideia defendida por Höffe, que afirma:

O caminho rumo a um positivismo jurídico radical foi preparado pela afirmação de Thomas Hobbes, filósofo do direito e do Estado, (1588-1679): 'Não a verdade, mas uma autoridade faz a lei' (*Leviatã*, cap. 26, versão latina). Ela favorece a teoria dos imperativos, segundo a qual as normas jurídicas são ordens que emanam de um poder superior, ameaçam com malefícios a sua inobservância e são por isso costumeiramente obedecidas (HOFFE, 2003, p. 40).

De um ponto de vista mais amplo, o positivismo pode ser identificado com as ideias defendidas por Augusto Comte, considerado o precursor do positivismo filosófico. Em seu dicionário de filosofia, Ferrater Mora afirma:

No seu sentido mais restrito e de acordo com o seu significado histórico, - positivismo designa a doutrina e a escola fundadas por August Comte. Esta doutrina compreende não só uma teoria da ciência, mas também, e muito especialmente, uma reforma da sociedade e uma religião. Como teoria do saber, o positivismo nega-se a admitir outra realidade que não sejam os factos e a investigar outra coisa que não sejam as relações entre os factos (MORA, 1978, p. 222).

Ferraz Júnior também explica que no positivismo filosófico a investigação deve se ater aos fatos como único objeto científico possível:

O termo positivismo não é, sabidamente, unívoco. Ele designa tanto a doutrina de Auguste Comte, como também aquelas que se ligam a sua doutrina ou a ela se assemelham. Comte entende por 'ciência positiva' *coordination de faits*. Devemos, segundo ele, reconhecer a impossibilidade de atingir as causas imanentes e criadoras dos fenômenos, aceitando os fatos e suas relações recíprocas como o único objeto possível da investigação científica (FERRAZ JR., 2014, p. 33).

Do ponto de vista histórico, pode-se afirmar que há uma identificação do termo positivismo jurídico com teorias jurídicas que de alguma forma foram influenciadas pelo positivismo filosófico e, mais precisamente, por Augusto Comte. Assim, foram sendo denominadas como positivismo jurídico as teorias que partilhavam com Comte e seu positivismo lógico a visão de que a ciência se faz por meio da investigação dos fatos.

Essas diferentes teorias podem ser consideradas, de certa forma, contrapostas e muito diferentes entre si. Como destaca Bittar:

A redução do Direito à norma, com a desconsideração das questões éticas, políticas e sociológicas na esfera do Direito atinge seu ápice com a Jurisprudência dos Conceitos; como reação, surge a Jurisprudência dos Interesses, que se centra em aspectos sociológicos para a compreensão do fenômeno jurídico e tem em Rudolf Von Ihering um de seus principais expoentes. Antes de se estudar a jurisprudência dos interesses, é mister analisar, de forma breve, o Pandectismo, a Escola da Exegese e a Escola Analítica. Isso porque o Pandectismo (Alemanha), a Escola da Exegese (França) e a Escola Analítica (Inglaterra) têm uma característica que unifica todas essas escolas: a compreensão dos dispositivos legais, pela cuidadosa pesquisa da vontade do legislador (BITTAR, 2016, p. 419).

Uma dessas correntes é a Escola da Exegese, que “teria sido a responsável pela visão do Direito como um produto do Estado, e identificado com a Lei” (KRETSCHMANN, 2004, p. 175). Essa ideia corresponde ao que Hoerster denomina “tese da lei”, entendida como a noção de que o “conceito de direito é definido por meio do conceito de lei”¹⁹ (HOERSTER, 2006, p. 70, tradução nossa).

A tese da lei é responsável por uma série de incompreensões sobre o positivismo jurídico tomado em seu conjunto. Este trabalho voltará a essa questão na seção atinente as críticas ao positivismo.

Destaca-se ainda que, dentre os autores normalmente considerados positivistas, há muitos pontos divergentes. Como exemplos disso podem ser citadas as críticas que Kelsen lança sobre o positivismo clássico, entendido como a Escola da Exegese e a Jurisprudência dos conceitos:

Porém, um relance de olhos sobre ciência jurídica tradicional, tal como se desenvolveu no decurso dos sécs. XIX e XX, mostra claramente quão longe ela está de satisfazer à exigência da pureza. De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política (KELSEN, 2003, p.1).

¹⁹ Tradução livre do seguinte trecho: Der begriff des Rechts is durch den Begriff des Gesetzes zu definieren (Gesetzesthese).

De igual modo Hart é um crítico do o realismo jurídico americano (HART, 2001, p. 12). Com isso pretende-se esclarecer que positivismo jurídico é um termo polissêmico e que, portanto, abarca teorias muito dispares e diferentes. Essa explicação também faz Streck, que afirma:

Todavia, minha análise, por vezes, tem sido objeto de mal-entendidos e interpretações errôneas em face de um déficit com relação à compreensão da tradição que me proponho a analisar: o positivismo jurídico. Todas as minhas análises sempre buscaram desnudar as diversas formas que o positivismo foi assumindo no decorrer da história, desde o seu nascimento stricto sensu no século XIX. Portanto, positivismo é muito mais do que aquilo que foi a sua formulação original – o legalismo (exegetismo francês, jurisprudência dos conceitos alemã e jurisprudência analítica inglesa) (STRECK, p.34, 2017).

Como ressalta Larenz, podem também ser identificadas como positivistas a Escola da Exegese, como afirmado acima, a Escola Histórica e a jurisprudência dos Conceitos:

Basta que se saiba que a ciência do Direito teve uma plena participação no pendor geral para o positivismo. Como movimento adverso, não só do Direito natural racionalista-dedutivo e da atitude metafísica de base da filosofia idealista alemã, como do romantismo e da velha 'Escola Histórica', o positivismo na ciência do Direito, bem como no seu entendimento da ciência em geral, caracteriza-se pelo seu empenho em banir toda a 'metafísica' do mundo da ciência e em restringir rigorosamente esta última aos 'factos' e às lei desses factos, considerados empiricamente (LARENZ, 1997, p. 45/46).

Além das escolas já citadas, pertencem ainda à tradição do positivismo a jurisprudência analítica inglesa, a escola do direito livre, Kelsen, Hart e uma série de autores contemporâneos.

Como explica Dimoulis, Positivismo Jurídico no seu sentido mais restrito pode ser identificado pela afirmação da “absoluta identidade entre o conceito de direito e o direito efetivamente posto pelas autoridades competentes, isto é, pelas autoridades que, em razão de uma constelação de poder, possuem a capacidade de impor o direito” (DIMOULIS, 2006, p. 131).

Portanto, para Dimoulis, no positivismo há uma valorização da eficácia do sistema normativo, pois “a validade do sistema jurídico depende de sua eficácia social em determinada espaço e momento, que se deve à presença efetiva de um poder

político e, como dissemos independe da avaliação do direito com base em critérios oriundos de outros sistemas normativos (DIMOULIS, 2006, p. 131).”

Já para Hoerster, o ponto central do positivismo jurídico é a tese da neutralidade, que pode ser bem explicada pela expressão de que qualquer conteúdo pode ser um conteúdo jurídico. Não haveria, assim, quaisquer limites materiais impostos ao legislador a partir de fora do ordenamento jurídico.

A essa ideia de ausência de barreiras materiais para o estabelecimento do conteúdo da ordem jurídica, Hoerster dá o nome de tese da neutralidade, que ele enuncia como o centro da teoria positivista (2000, p. 16). Ele explica que essa tese 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”²⁰ (HOERSTER, 2000, p. 12, tradução nossa).

A tese da neutralidade implica que o positivismo defende “uma estrita separação entre a atribuição de validade jurídica e a formulação de valorações ético-normativas”²¹ (HOERSTER, 2000, p. 12, tradução nossa).

Vê-se, com isso, que a visão de Hoerster é mais restrita e a de Dimoulis mais ampla no sentido da delimitação de quais teorias podem ser classificadas como pertencentes à tradição do positivismo jurídico. Para os objetivos deste trabalho não se faz necessário tomar posição em relação a essa controvérsia, tendo em vista que em ambas possibilidades Kelsen e Hart são claramente identificados como positivistas jurídicos.

Na próxima seção discutir-se-á as construções teóricas daqueles que podem ser considerados os dois principais autores positivistas, Kelsen e Hart, e que nesse trabalho serão denominados “positivistas refletidos”.

²⁰ Tradução livre do seguinte trecho: exige que el concepto de derecho sea definido a través de criterios puramente formales, neutros con respecto al contenido. Por lo tanto, desde el punto de vista del concepto del derecho, el derecho vigente puede tener cualquier contenido.

²¹ Tradução livre do seguinte trecho: una estricta separación entre la atribución de la validez jurídica y la formulación de valoraciones ético-normativas.

3.1 O positivismo refletido

No tocante a esse estudo, que discute o conceito de direito, basicamente dois pontos do positivismo refletido devem ser investigados: a relação entre direito e moral e o fundamento de validade do direito.

Influenciado pelo círculo de Viena, Kelsen procura desenvolver uma teoria que explique o fenômeno jurídico de maneira autossustentada, ou seja, o direito deve ser compreendido sem a necessidade de recorrer a elementos externos. Kelsen esclarece logo no início de sua *Teoria Pura do Direito* que visa construir uma teoria sobre o que é o direito e, com isso, constituir as bases de uma ciência do direito, e não de uma política do direito. Kelsen explica ainda que o termo “pura” significa que seu intento é “libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos” (KELSEN, 2003, p. 1).

Para isso, Kelsen promove uma separação estrita entre o direito e as ciências, construindo assim sua *Teoria Pura do Direito*. Assim é decisiva a intenção de Kelsen em depurar o direito de suas influências consideradas externas, como a sociologia e a antropologia. Como destaca Ferraz Júnior:

Esta multiplicidade [de influências no direito] levou Hans Kelsen a propor o que chamou Teoria Pura do Direito, numa manifesta pretensão de reduzir todos os fenômenos jurídicos a uma dimensão exclusiva e própria, capaz de ordená-los coerentemente. Esta dimensão seria a normativa (FERRAZ JR. 2014, p. 36).

Kelsen estabelece essa separação baseado na necessidade de distinguir de maneira definitiva o sentido e a amplitude do direito em face dos demais ramos das ciências humanas. Como explica Simioni o teórico austríaco não se utiliza das exigências econômicas e políticas para justificar o direito, pelo contrário, ele foca diretamente na norma positivada (SIMIONI, 2014).

A questão central na preocupação de Kelsen é a frequente dependência que o direito passara a ter de outros campos de estudo, em virtude do que defendiam as teorias jurídicas vigentes em sua época. Assim visa construir uma autonomia para a ciência do Direito em face da psicologia e sociologia como forma de destacar o objeto de estudo dessa ciência está ligado ao racionalmente necessário (LARENZ, 1997).

Destaca-se ainda que Kelsen constrói uma separação entre a ciência do direito e o direito enquanto norma:

Diante deste cenário da situação da ciência do direito da época, nós podemos ter uma ideia da originalidade do pensamento de Kelsen. Diante da disputa da razão prática (mais justiça material) e razão teórica (mais segurança formal), Kelsen introduz uma distinção importante entre direito como normas jurídicas (questões de dever-ser, questões de correções normativas) e ciência do direito (questões de ser, questões de verdade), tecendo assim um cordão de isolamento cognitivo entre as questões de justiça material e as questões de verdade científica a respeito das proposições jurídicas (SIMIONI, 2014, p. 144).

No tocante a discussão entre direito e moral, 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. Segundo Kelsen, “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, mas se não dizemão que o Direito é norma” (KELSEN, 2003, p. 74, grifos do autor). A ligação entre direito e 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).

Kelsen pontua a existência de uma diversidade de morais positivas e a falta de critérios jurídicos para auferir qual delas seria a mais adequada, razão pela qual o direito não pode adotar qualquer delas como base:

O princípio moral que fundamenta – ou do qual se pode deduzir – uma doutrina relativista de valores é o princípio da tolerância: é a exigência de compreender com benevolência a visão religiosa ou política de outros, mesmo que não a compartilhemos, e, exatamente porque não a compartilhamos, não impedir sua manifestação pacífica (Kelsen, 2001, p. 24).

Desse modo, o conteúdo direito, na concepção positivista de Kelsen, será determinado pelas características de cada comunidade jurídica e apenas por elas, sem qualquer impedimento de ordem interna ou material. Com isso, tem-se o estabelecimento de um sistema baseado unicamente em questões contingentes e relacionadas aos afetados pela norma. Nesse sentido, Kelsen afirma:

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).

Assim, para Kelsen, a moral pode influenciar a produção legislativa, mas isso não retira o fato de padrões morais não se confundirem como o direito:

Ora, padrões morais, para Kelsen, quaisquer que sejam as propriedades lógicas que possuam, podem influenciar a produção (aplicação de normas jurídicas, mas não são eles próprios normas jurídicas (TRIVISONNO, 2013, p. 198).

Passa-se agora à análise do fundamento de validade do direito em Kelsen, a norma fundamental. Segundo Kelsen:

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).

Segundo Dimoulis, a norma fundamental “primeiro, ordena que todos se conduzam de acordo com as normas positivas supremas do ordenamento. Segundo, considera válidas todas as normas que decorrem da manifestação de vontade das normas supremas” (DIMOULIS, 2003, p. 118).

A ideia de uma norma fundamental se encaixa na ideia de da estrutura escalonada do direito (*Stufenbaulehre des Rechtsordnen*), elaborada por Merkl como complementação decisiva para o fundamento de validade formal de base kelseniana. Paulson explica como a ideia de Merkl foi importante para a consolidação da norma fundamental:

Um aspecto bastante diferente da longa fase 'clássica' de Kelsen é a incorporação na sua totalidade da teoria da estrutura escalonada (*Stufenbaulehre*) do ordenamento de Adolf Julius Merkl. Essa doutrina oferece uma caracterização dinâmica do direito, uma perspectiva do direito em movimento, no constante regenerativo processo de sua própria criação (PAULSON, 2013, p. 21).

Essa importância do trabalho de Merkl na obra de Kelsen também é mencionada por Borowski:

Essa doutrina teve grande propagação, sobretudo em virtude de sua recepção na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. Não é exagero que tudo que se encontra na estrutura escalonada de Kelsen, sem ampliação ou modificação significativa, já está contido nos escritos de Merkl. A investigação da versão da doutrina da estrutura escalonada de Merkl constitui assim um elemento central da estrutura do direito (BOROWISKI, 2013, p. 131).

Borowski traz ainda um dado histórico importante que diz respeito ao reconhecimento do próprio Kelsen quanto à relevância da estrutura escalonada de Merkl em sua Teoria Pura do Direito:

Na saudação de Kelsen, quando do septuagésimo aniversário de Merkl encontra-se uma avaliação: Merkl deveria ser considerado 'cofundador' da Teoria Pura do Direito. Em vista do papel central da doutrina da estrutura escalonada na Teoria Pura do Direito e do trabalho de Merkl no desenvolvimento dessa doutrina, essa avaliação corresponde muito mais a verdade do que a uma lisonja do discurso falado e escrito (BOROSWKI, 2013, p. 176/177).

Analisadas as características essenciais da teoria de Kelsen, passa-se agora à teoria de Hart, que, como ressalta Trivisonno, apesar de partir de um ponto de vista relativamente diverso do de Kelsen, chega, em alguns pontos, a uma resposta deveras aproximada (TRIVISONNO, 2013).

Hart parece estar preocupado em analisar e descrever o sistema jurídico de forma a construir uma teoria que possa se contrapor as ideias de Austin. Ele inicia sua principal obra, *Conceito e Validade do Direito*, com a pergunta sobre o que é o Direito. Sua resposta consiste em afirmar, em síntese, que o direito é um conjunto de regras que versam sobre o comportamento humano.

Hart é um teórico positivista que reconhece que a moral, seja ela de um grupo ou de uma religião, exerce um papel importante de influência em face do direito no decorrer do tempo. Essa visão pode ser encontrada na seguinte passagem:

Mas é possível tomar esta verdade [influência da moral no Direito] 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).

Essa advertência de Hart nos leva a refletir sobre a diferença entre direito e moral e de que modo eles acabam por se tocar e influenciar mutuamente. Embora muito se fale sobre a influência da moral no direito, o contrário também existe e deve ser levado em conta, ou seja, o direito também influencia a moral. Se, por um lado, algumas práticas morais foram incorporadas ao direito ao longo do tempo, por outro lado, outras foram banidas ou alteradas por determinação legal.

O principal problema que advém da conexão necessária entre moral e direito é a eventual supremacia de determinadas concepções em face de outras. Ao longo da história, as acepções morais mudaram consideravelmente e condutas consideradas morais outrora hoje são plenamente rechaçadas. Esse problema da variação temporal aliado a certa singularidade relativa a localização de determinada comunidade, sempre presente em concepções morais, dá contornos dramáticos ao problema. Se o direito tivesse uma conexão com a moral ele passaria a legitimar concepções monopolistas de vida e bem. Isso tem uma implicação significativa na grande questão da modernidade, o pluralismo.

O mundo atual é cada vez mais complexo e diverso, e um grande intercâmbio populacional e cultural está a ocorrer. Cada vez mais diferentes culturas e concepções sobre o que é bom e o que é o bem devem estar a conviver nos mesmos espaços, públicos e privados. A proposta positivista para essa questão é bastante tentadora. Cada uma dessas diferentes culturas tem sua própria concepção moral e o direito não pode eleger uma delas como aquela que irá se tornar a base para as demais por meio do sistema normativo de determinada localidade, sob pena de privilegiar uma delas, atribuindo-lhe o caráter absoluto.

Pode-se afirmar que uma influência contingente da moral sobre o direito pode e é até natural que ocorra. Em determinadas circunstâncias, uma ou outra concepção moral há de prevalecer. Por meio da escolha democrática da comunidade é que se fará o cotejo das diferentes concepções morais e qual ou quais delas deve, em dado momento, influenciar ou não o direito.

Considerando isso, em um trabalho clássico sobre a separação entre direito e moral, Hart destaca outro aspecto relevante dessa divisão que diz respeito a aplicação do direito. Como visto, em *O Conceito de Direito*, o teste para identificar uma norma jurídica é livre de influências morais obrigatórias. Assim, uma certa intersecção entre direito e moral é possível ou tolerável apenas em caráter contingente:

Deve haver um núcleo determinado de sentido, mas deve haver da mesma forma, uma penumbra em determinados casos nos quais as palavras não são claramente aplicáveis ou excluídas. Esses casos devem ter características comuns com os casos padrão; eles terão outras ou estarão acompanhados de características não presentes nos casos padrão ²² (HART, 1958. p. 607, tradução nossa).

Na discussão com os realistas de matriz americana, em especial o juiz Holmes, Hart destaca a importância e necessidade de separar o que o é daquilo que ele deve ser. Hart faz uso de um argumento pouco comum nas discussões presentes sobre o poder discricionário no Brasil. Com base em Hart a separação entre direito e moral torna-se um limite interpretativo crucial contra decisões arbitrárias.

Essa visão lança luz sobre a importante questão dos limites da interpretação normativa e como a separação entre direito e moral pode desempenhar uma função para delimitar mais adequadamente essa questão. Essa questão permanece atual e pode contribuir decididamente para um olhar crítico sobre a aplicação do direito, tendo em vista que as mais recentes e badaladas teorias interpretativas do direito têm como pressuposto exatamente uma relação estreita entre direito e moral.

Na atual quase anarquia judicial brasileira o positivismo jurídico pode, mais uma vez, auxiliar no reequilíbrio da questão. Como ressalta Hart:

O mais importante é isso: depois de tudo que foi dito e feito nós devemos lembrar quão raro no direito é o fenômeno utilizado para justificar essa forma de falar, quão excepcional é esse sentimento que uma forma de decidir um caso é imposto sobre nós como a única necessária ou elaborada por alguma regra racional²³ (HART, 1958, p. 629, tradução nossa).

22 Tradução livre do seguinte trecho: There must be a core of settled meaning, but there will be, as well, a penumbra of debatable cases in which words are neither obviously applicable nor obviously ruled out. These cases will each have some features in common with the standard case; they will lack others or be accompanied by features not present in the standard case

23 Tradução livre do seguinte trecho: More important is this: after all is said and done we must remember how rare in the law is the phenomenon held to justify this way of talking, how exceptional is this feeling that one way of deciding a case is imposed upon us as the only natural or rational elaboration of some rule.

Essa questão é decisiva porque embora haja, como ressaltou Kelsen, certa semelhança entre legislação e jurisdição, deve-se estar cientes de que há, por outro lado, uma diferença fundamental entre os papéis de criação de normas e o de sua aplicação. Os juízes devem aplicar o direito como ele é. Aperfeiçoamentos e incongruências devem ser apontados pela doutrina e corrigidos pelo legislador, que é quem tem a função de criar o direito. Na lição de Hart:

O uso na descrição da interpretação de leis com a terminologia sugerida por uma fusão ou incapacidade de separar o que a lei é do que deveria ser (como as histórias anteriores que os juízes só encontram, nunca fazem lei) apenas para esconder os fatos, que aqui, se em qualquer lugar, vivemos entre incertezas entre as quais temos que escolher, e que a lei existente impõe apenas limites à nossa escolha e não a própria escolha²⁴ (HART, 1958, p.629, tradução nossa).

Assim como Kelsen, no capítulo oitavo da *Teoria Pura do Direito*, Hart também compreende que a doutrina pode apontar o caminho adequado para o entendimento do direito, destacando que no próprio direito estão contidos os limites à sua interpretação.

Em Hart, o direito é estabelecido por meio de conceito aberto que tem por objetivo o benefício para os envolvidos pela norma jurídica em questão:

E em Hart, o direito assenta num querer livre que deixa em aberto duas perguntas: por um lado, porque devemos reconhecer as restrições da liberdade ínsitas no direito? Por outro, porque o direito, embora construído a partir do reconhecimento, contém um momento de coação, até de coação penal? As duas perguntas somente podem ser respondidas por um elemento de justiça, pela justiça definidora do direito, isto é, que a coação social denominada 'direito' em última instancia não beneficia a organização criminosa, mas os implicados e a cada um deles individualmente (HOFFE, 2003, p. 40).

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

²⁴ Tradução livre do seguinte trecho: To use in the description of the interpretation' of laws the suggested terminology of a fusion or inability to separate what is law and ought to be will serve (like earlier Stories that judges only find, never make, law) only to conceal the facts, that here if anywhere we live among uncertainties between which we have to choose, and that the existing law imposes only limits on our choice and not the choice itself

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).

Hart nos mostra que o Direito é um fenômeno eminentemente social, e sua validade está condicionada a uma base de aceitabilidade por parte dos afetados pelas regras jurídicas, auferida através de um teste que 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).

Sobre a regra de conhecimento em Hart, observa Simioni:

Uma regra que atribui a pessoas ou a grupos a autoridade de criar as leis. O fundamento do direito se desloca, assim, dos costumes históricos empíricos, para as convenções sociais que formalizam a aceitação da comunidade em se submeter a um sistema de regras que outorga, àquelas pessoas ou grupos, o poder de criar o direito válido” (2014, p. 327).

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).

No positivismo de Kelsen tem-se a norma fundamental que se constitui como saída lógica para fechamento do sistema, sendo pura forma. Já a regra de reconhecimento de Hart possui uma aparência material, porque consiste em uma fórmula de validação das regras jurídicas aceitas por uma comunidade. Como ressalta Alexy:

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).

Assim, tanto a norma fundamental quanto a regra de reconhecimento são basicamente formais. A norma fundamental, enfocando a relação da fundamentação para dentro do sistema e a 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 a partir do aspecto interno quanto do externo, à questão atinente ao fundamento do direito. Em relação aos elementos centrais do conceito de direito, a norma fundamental parece estar mais preocupada com o elemento da legalidade enquanto a regra de reconhecimento parece ter um enfoque maior no elemento da eficácia.

Na seção seguinte analisa-se três propostas mais recentes dentro da tradição positivista.

3.2 Contribuições atuais para o desenvolvimento do positivismo jurídico

Após o desenvolvimento das obras de Kelsen e Hart, o positivismo jurídico continuou forte e até predominante dentro dos países da tradição da Common Law. Na tradição romano-germânica, no entanto ocorreu o inverso. Em função de uma desilusão em virtude da incapacidade das teorias jurídicas então predominantes em lidar com o Nazismo, houve, após a guerra, uma tendência de adoção de teorias não positivistas. Como ressalta Araújo:

Certamente, isso ocorre porque tais teorias têm sua gênese no ambiente intelectual proporcionado pelo fim da Segunda Guerra Mundial. Mais do que isso, todavia, a leitura de algumas obras dos autores não positivistas permite sugerir que a brutalidade do nazismo, sobre o qual não pairariam dúvidas, é o que torna possível a comprovação da principal tese da doutrina, a tese da conexão necessária entre Direito e Moral (ARAÚJO, 2015, p. 66).

Araújo ainda destaca que o episódio do Nazismo deixou marcas indeléveis na teoria jurídica subsequente, e acaba por se tornar um aspecto importante a influenciar a própria noção de direito e o seu conceito:

A verificação dos autores mencionados a seguir torna realmente possível sustentar a afirmação de que o Direito Nazista, especialmente pela configuração jurídica de seus propósitos, é um exemplo tão paradigmático nas referências não positivistas, que as características concretas do Nazismo – como causa do Não Positivismo – são incorporadas no seu próprio plano conceitual abstrato. Em outras palavras, a ocorrência de um episódio histórico passa a ser parte da própria definição do Não positivismo (ARAÚJO, 2015, p. 66).

Diversas divisões internas dentro do positivismo podem ser apontadas, mas sem dúvidas a principal delas é a que classifica os autores em positivismo inclusivo e exclusivo. Como visto no Capítulo 2, a discussão gira em torno da existência ou não de elementos morais no conceito de direito. Para os positivistas inclusivos é possível a inclusão da moral no conceito de direito, mas ela é contingente, ou seja, o direito não precisa necessariamente de elementos morais, mas pode eventualmente contê-los.

Já o positivismo exclusivo afirma que o direito jamais poderá conter elementos morais mesmo que de forma contingente. Entre seus defensores destaca-se Raz, que aponta o papel central da autoridade e para quem os elementos que compõem o direito são validados pela chancela dessa autoridade. Assim, embora um conteúdo possa ter origem moral, a sua entrada no direito se dá através da autoridade, não por sua característica moral.

A discussão inaugural a respeito desse tema remonta ao pós-escrito de Hart, no qual ele responde algumas críticas de Dworkin. Nesse texto Hart denomina sua versão do positivismo como soft positivismo.

Nesta seção tratar-se-á da discussão de propostas atuais sobre a temática da fundamentação do direito e sobre o lugar dos direitos humanos dentro do conceito de direito, que podem ser entendidas dentro da tradição positivista. Esse estudo constitui uma tentativa de compreender o atual ponto da discussão nesse campo do direito e subsidiar a tentativa, que se fará no capítulo 5, de reconstrução do positivismo refletido para abarcar, além da tese da neutralidade, também a tese do conteúdo mínimo.

Para isso serão tratadas especificamente de três construções teóricas distintas: a noção de ética intersubjetiva de Hoerster, o conceito de Autoridade de Raz e a teoria procedimental positivista de Carsten Bäcker.

Raz e Hoerster, apesar resistência do primeiro, podem ser perfeitamente definidos como teóricos da tradição positivista e são decisivamente influenciados pelo

positivismo refletido, em especial pelas ideias de Hart. Já Bäcker vai buscar as bases de seu pensamento em outro lugar. É da teoria do discurso que deriva o positivismo que defende.

3.2.1 Hoerster e a ética intersubjetivamente fundada

Norbert Hoerster estabelece que em um sistema jurídico toda norma estatui um dever ser humano (excluídas as normas puramente pensadas e as suprapositivas). Com isso tem-se que a obrigatoriedade de uma norma precisa ser verificada unicamente por critérios internos ao direito positivo.

Tendo em vista esse ponto, ele procura discutir se seria possível uma fundamentação interna à comunidade, de modo que pudessem ser definidos alguns aspectos da ordem jurídica. Assim uma pergunta fundamental de sua investigação é a seguinte: “existem algumas normas que sejam intersubjetivamente fundamentadas, normas que, desta maneira, poderiam servir de fundamentação intersubjetiva de, pelo menos, alguns elementos da ordem jurídica?”²⁵ (Hoerster, 2000, p. 64, tradução nossa).

O autor trabalha com dois exemplos para ilustrar sua posição: um funcionário de um governo que lhe exige entregar dinheiro e um assaltante que lhe exige o mesmo. Apenas no primeiro caso tem-se uma ação baseada em uma norma de caráter jurídico. Isso se dá porque o funcionário está autorizado a fazer a cobrança por outra norma jurídica, veja-se a lição de Hoerster:

Este, mas, esta obrigatoriedade específica (deves entregar o dinheiro), podem, em princípio, corresponder a uma norma de duas maneiras: na forma da *vigência* (*Geltung*) ou na forma da *validade* (*Gultigkeit*). Habitualmente, na filosofia do direito não faz a distinção terminológica entre vigência e validade. Com tudo, resulta ser funcional, ainda quando em última instancia – como veremos – a obrigatoriedade da validez se baseia na obrigatoriedade da vigência ²⁶ (Hoerster, 2000, p. 126, tradução nossa).

²⁵ ¿Existen algunas normas que sean intersubjetivamente fundamentables, normas que, de esta manera, pudieran servir para la fundamentación intersubjetiva de, por lo menos, algunos elementos de un orden jurídico?

²⁶ Tradução livre do seguinte trecho: Este más, esta obrigatoriedad específica (debes entregar el dinero), puede, en principio, corresponderle a una norma en dos formas: en la forma de la *vigencia* (*Geltung*) o en la forma de la *validez* (*Gultigkeit*). Habitualmente, en la filosofía del derecho no se lleva a cabo la distinción terminológica entre vigência y validez. Sin embargo, resulta ser funcional, aun cuando en última instancia – como veremos – la obrigatoriedad de la validez se basa en la obrigatoriedad de la vigencia.

Para Horster, a obrigatoriedade da constituição, que é a norma inaugural do sistema jurídico, diz respeito à diferença entre validade (*Gültigkeit*) e vigência (*Geltung*). Nesta reside a obrigatoriedade da constituição; aquela está ligada, por sua vez, às normas de escalão inferior e, com isso, não diretamente à obrigatoriedade da constituição.

Para Hoerster, a vigência é formada pela aceitação de uma determinada norma ou conjunto de normas dentro de um grupo ou sociedade, bem como pela eficácia. A aceitação deve ser entendida como elemento que permite a identificação de um determinado grupo com um dever ser que produza heterocrítica e autocrítica em caso de descumprimento:

No caso de se perceber, por exemplo, a tentação de um comportamento contrário a norma, a norma se volta eficaz como contra motivo. E, em caso de que, apesar dele, se ceda a tentação, a violação da norma provoca entre eles crítica sob a forma de tanto heterocrítica (por parte dos outros membros do grupo: rejeição, reprovação, pressão de adequação) quanto de autocrítica (por parte de quem viola a norma: pesar, auto reprovação, preocupação por recuperar-se) ²⁷ (Hoerster, 2000, p. 128, tradução nossa).

Assim tem-se, na aceitação, um elemento relevante que funciona como um contra-motivo para a não violação de uma norma jurídica e é mais abrangente que uma aprovação moral dessa mesma norma. A aprovação moral é mais restrita, podendo se constituir em um motivo para a aceitação ou, como afirma Hoerster:

Por isso, o conceito de aceitação. Uma diretriz comportamental, um deve ser, é aceito dentro de um grupo se os membros do grupo se veem sob a obrigação de seguir este dever, se eles tiverem internalizado este dever, se eles se identificarem com ele.²⁸ (Hoerster, 2000, p. 127, tradução nossa).

Pode-se afirmar, então, que a aceitação se constitui como uma razão para um comportamento conforme a norma jurídica. Assim “o conceito de aceitação não requer nada mais que a norma, como tal, constitua para quem a aceita uma razão para um

²⁷ Tradução livre do seguinte trecho: En caso de que se perciba, por ejemplo, la tentación de un comportamiento contrario a la norma, la norma se vuelve eficaz como contramotivo. Y, en caso de que, a pesar de ello, se ceda a la tentación, la violación de la norma provoca entre ellos crítica, bajo la forma tanto de heterocrítica (por parte de los otros miembros del grupo: rechazo, reproche, presión de adecuación) como de autocrítica (por parte de quien viola la norma: pesar, autorreproche, preocupación por enmendarse).

²⁸ Tradução livre do seguinte trecho: Por lo pronto, el concepto de *aceptación*. Una pauta de comportamiento, un deber ser, es aceptado dentro de un grupo si los miembros del grupo se ven a sí mismo bajo la obligación de seguir este deber ser, si han internalizado este deber ser, si se identifican con él.

*comportamento conforme a norma*²⁹ (Hoerster, 2000, p. 128, tradução nossa, grifos do autor).

A aceitação apresenta certa similitude com a ideia de Raz de razões excludentes, que será objeto de análise na Seção seguinte. Hoerster então afirma:

Uma sociedade que não discrimina - pelo menos nesta área fundamental (quer dizer, o âmbito dos interesses e direitos básicos de minha moral mínima) - é mais provável que seja estável e livre de grandes conflitos que, presumivelmente, acabarão prejudicando a cada um, quer dizer, também aos privilegiados. Com efeito, tal sociedade pode contar com a lealdade e a cooperação voluntária de todos os seus membros.³⁰ (Hoerster, 2000, p. 90, tradução nossa).

Falando de um caso hipotético, no qual 100 pessoas vivem em uma pequena ilha, Hoerster explica sua ideia:

No entanto, isso significa, entre outras coisas, o seguinte: 1. Cada morador – diante de condições normais – também tem interesse no fato de que os moradores capazes de trabalhar construam juntos uma represa. E 2. É em grande medida racional ou justificado para cada morador capaz de trabalhar participar desta construção em conjunto da represa³¹ (HOERSTER, 2006, p. 94, tradução nossa).

Assim, a existência de objetivos pode servir de fundamento para o estabelecimento de esforços conjuntos, e essa ideia pode ser transportada para as normas jurídicas. Com isso ele estabelece uma ideia central como forma de condensar seu pensamento sobre o desenvolvimento de uma ética intersubjetivamente fundada, que não se constitui num dado objetivo:

De maneira nenhuma represento o argumento que ‘uma norma que é do interesse de todos (pelo menos da maioria) os indivíduos atingidos seja, com

²⁹ Tradução livre do seguinte trecho: El concepto de aceptación no requiere nada más que la norma, em tanto tal, constituya para quien la acepta *una razón para un comportamiento conforme a la norma*.

³⁰ Tradução livre do seguinte trecho: Una sociedad que *no* discrimine – al menos en este ámbito fundamental (es decir, el ámbito de los intereses y derechos básicos de mi moral mínima) – tiene más probabilidades de estabilidad y de estar libre de conflictos de grandes dimensiones que, presumiblemente, terminarán perjudicando a cada cual, es decir, también a los privilegiados. En efecto, una sociedad tal puede conta con la lealtad y la cooperación voluntária de *todos* sus miembros.

³¹ Tradução livre do seguinte trecho: Das bedeutet aber unter anderen folgendes: 1. Jeder einzelne Bewohner hat – unter normalen Bedingungen – ebenfalls ein Interesse daran, dass die arbeitsfähigen Bewohner gemeinsam einen Deich errichten. Und 2. Es ist für jeden einzelnen arbeitsfähigen Bewohner in hohem Mass rational oder begründet, sich an dem gemeinsamen Deichbau selbst zu beteiligen.

isso, fundamentada em um sentido objetivo e, portanto, tenha um tipo mais elevado de legitimação³² (HOERSTER, 2006, p. 97, tradução nossa).

Pode-se traçar certo paralelo dessa ideia de Hoerster com o direito natural mínimo, já presente em Hart.

Com respeito a certas normas legais, pode-se indicar que, pelo menos *sob certas condições histórico-sociais*, elas são os meios apropriados para uma melhor garantia institucional das normas fundamentais citadas acima.³³ (Hoerster, 2000, p. 74, grifos do autor, tradução nossa).

Hoerster exemplifica sua ideia com a possibilidade de se estabelecer, em bases intersubjetivas, uma proibição geral de matar. Essa proibição não se constitui num dado objetivo que possa ser provado, mas pode existir a institucionalização de uma proibição geral de matar fundada de maneira intersubjetiva (HOERSTER, 2000, p. 79).

Com essa construção, Hoerster visa permitir que certa vinculação de conteúdo seja adotada pelo direito sem a necessidade de recorrer a um fundamento de ordem material. Isso porque essa vinculação viria da construção intersubjetiva dos afetados pela norma, ou seja, das pessoas que estão sob um mesmo regime jurídico estatal.

3.2.2 Raz e o conceito de Autoridade Legítima

Para Raz, a tese da separação (*Trennungsthese*) não é suficiente para definir um autor como positivista, e, portanto, não serviria como critério de distinção entre o positivismo e o não positivismo. Essa posição vem na linha de outras já discutidas no trabalho, na medida em que critica a classificação elaborada por Alexy. Essa crítica de Raz, como visto no Capítulo 2, é direcionada diretamente à ideia de importância e necessidade de uma teoria que se propõe a dividir e classificar os teóricos e suas posições de uma ou outra maneira.

Raz defende que toda ordem jurídica se funda na ideia de autoridade legítima, que pode ser entendida como uma pretensão moral. Para ele há um em classificações como a de Alexy, tendo em vista que, segundo Raz “por essa tese, meus escritos

³² Tradução livre do seguinte trecho: Ich vertrete keinesweg etwa die These ‘Eine Norm, die im Interesse aller (jedenfalls der allermeisten) betroffenen Individuen liegt, ist damit in einem objektiven Sinn begründet und besitzt insofern eine höhere Art der Legitimation’.

³³ Tradução livre do seguinte trecho: Con respecto a determinadas normas jurídicas, se podrá indicar que, al menos *bajo determinadas condiciones histórico-sociales*, son el médio adecuado para una mejor garantía institucional de las normas fundamentales a las que se há hecho referencia más arriba.

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” (RAZ, 2007, p. 3, tradução nossa).

Gaido analisa a relação entre autoridade legítima e a forma como Raz concebe as práticas das pessoas em relação a uma ordem normativa:

Decisivamente, para Joseph Raz, a compreensão das normas jurídicas como razões protegidas depende conceitualmente da consideração da autoridade jurídica como uma autoridade moralmente legítima. Raz parece pensar que, em nossas práticas conceituais, somente autoridades legítimas são fontes de razões protegidas para agir (GAIDO, 2017, p. 278).

A ideia fundamental do trabalho de Raz é sua tese das fontes, apresentada como alternativa às já consagradas regra de reconhecimento e norma fundamental. Num certo sentido, a proposta de Raz pode ser considerada mais radical que a do positivismo refletido. Isso porque a moral não entra sequer de maneira contingente no conceito de direito:

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 identificado³⁴ (RAZ, 1979, p. 74, tradução nossa).

Para fundamentar o direito, Raz usa o conceito de autoridade legítima. Desse modo, haveria um filtro sobre as diversas fontes que poderiam vir a influenciar o direito no momento de sua criação. A chancela da autoridade mudaria a natureza da causa originária. Assim, por exemplo, a autoridade legítima marcaria uma norma moral com o selo da juridicidade. Uma vez aceita pelo procedimento estabelecido de produção legislativa ela deixaria ser um preceito moral para se tornar norma jurídica.

³⁴ 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 content 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.

Como explica Gaido, as fontes dotadas de autoridade para inserir um determinado conteúdo prescritivo no sistema jurídico-normativo se ligam fundamentalmente à ideia de autoridade legítima:

Raz sustenta que as fontes autoritativas estão conceitualmente comprometidas a levantar a pretensão de autoridade legítima e aqueles que aceitam essa autoridade estão conceitualmente comprometidos a aceitá-las como legítimas. Para Raz, não há Direito sem essa relação institucional. Possivelmente, essa é a razão pela qual o autor conclui que, para entender o Direito, precisamos articular os compromissos conceituais daqueles envolvidos nessa relação autoritativa (GAIDO, 2017, p. 277).

Interessante notar que algo similar ocorreu, num período consideradamente longo, com os direitos humanos. A maioria, para não dizer a totalidade, das normas de direitos fundamentais presentes nos mais variados catálogos ao longo do globo foram em algum momento pretensões puramente morais. A construção dos chamados direitos inatos, tais como propriedade, liberdade e igualdade, notadamente forte no jusnaturalismo moderno - por que em algum momento tiveram sua origem em pretensões morais – estão hoje positivadas nos mais diferentes ordenamentos.

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

Em linhas gerais, um esboço dos argumentos pode ser exposto 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 aplicação³⁵ (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. Disso

³⁵ Tradução livre do seguinte trecho: 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

resulta que para Raz o direito não pode conter conteúdos morais na sua definição conceitual. Como ressalta Gaido:

A concepção de autoridade legítima de Joseph Raz inclui o fato de que é possível à autoridade manter-se legítima, ainda que incorra em erro. Isso porque, para a autoridade ser legítima, é suficiente a ela tornar mais provável que as pessoas ajam em conformidade à razão, mas não é necessário a ela assegurar tal conformidade em todas as ocasiões. Assim, sob a perspectiva do participante, autoridades (jurídicas) legítimas são entendidas como detentoras de um caráter instrumental e concebidas como agentes potencialmente imperfeitos. (GAIDO, Paula. 2017, p. 278)

Na seção seguinte será discutida a proposta de Bäcker.

3.2.3 Bäcker e a teoria procedimental relativista

A proposta de Carsten Bäcker é interessante, pois ele, discípulo de Robert Alexy, que é não-positivista, é crítico de algumas derivações que Alexy realiza a partir da teoria do discurso. Bäcker busca construir uma teoria relativista do discurso, que possui como um de seus pontos fulcrais a aplicação do ótimo de Pareto, que já tinha sido utilizado na teoria dos princípios de Alexy:

O objeto das duas primeiras máximas parciais, a máxima parcial da adequação e a máxima parcial da necessidade é, ao contrário, a otimização em relação às possibilidades fáticas. Com isso trata-se de se, com base nas possibilidades fáticas, podem ser evitados custos para os direitos fundamentais sem que surjam custos para os fins do legislador, ou seja, trata-se da otimalidade de Pareto (ALEXY, 2014, p. 150).

Se a proposta de Bäcker estiver correta, ao contrário do que sustenta Alexy, não seria possível derivar um conceito não positivista de direito da teoria do discurso. É essa proposta que será objeto de discussão a seguir.

A base da teoria não positivista de Alexy é a existência de dois níveis na teoria do discurso. O nível ideal, no qual se estrutura a pretensão de correção e a conexão necessária entre direito e moral e o nível real, que leva em conta, entre outros pontos, a limitação prática que o discurso ideal sofre pelas regras do discurso, por exemplo a limitação de tempo, dentre outras.

Bäcker procura desenvolver uma teoria discursiva de apenas um nível. Em sua proposta, o nível ideal da teoria é suprimido em virtude de uma virada relativista que Bäcker propõe:

A pretensão de oferecer um critério de verdade desaparece sem quaisquer substituições; um ideal de discurso histórico-culturalmente contingente nunca pode assegurar a verdade. Da mesma forma, a teoria do discurso relativista dispensa reivindicações quanto a uma justificativa definitiva para as proposições materiais mais fundamentais, entendendo-as como contingentes de igual modo que o ideal do discurso. Assim, contribuições da teoria do discurso para fundamentação e justificação de direitos humanos universais, por exemplo, podem dar origem a dúvidas³⁶ (BÄCKER, 2015, p. 21, tradução nossa).

A adoção de um modelo unidimensional para a teoria do discurso possui basicamente dois importantes efeitos. O primeiro está relacionado com a necessidade de uma adequada separação entre justificação e decisão por parte dos legisladores e juízes, a qual a teoria do discurso jurídico de Alexy não daria uma resposta adequada (BÄCKER, 2015, p. 22).

O segundo, por sua vez, é expresso da seguinte forma:

Em segundo lugar, o modelo unidimensional exige que a atenção seja focalizada na racionalidade como otimalidade. Isso, no contexto da teoria do discurso relativista, é o outro lado da habilidade de cognição relativa. Esse enfoque é alcançado, no modelo unidimensional, pelo postulado para otimizar as circunstâncias discursivas. Este postulado é inerente aos princípios do discurso. Por meio dos princípios discursivos com seu postulado para otimizar as circunstâncias discursivas, uma escala de racionalidade surge na teoria da argumentação jurídica, uma escala de racionalidade adequada à realidade do discurso jurídico - pois é realizável: um julgamento legal é correto se e somente se, for um resultado discursivamente possível de um discurso legal ótimo³⁷ (Bäcker, 2015, p. 22, tradução nossa).

³⁶ Tradução livre do seguinte trecho: The claim to offer a criterion of truth vanishes without any replacements; a historico-culturally contingent ideal of discourse can never assure truth. Likewise, the relativistic discourse theory dispenses with claims as to a definitive justification for even the most fundamental material propositions, by understanding them to be contingent in the same way as the discourse ideal. Thus, contributions of discourse theory for foundation and justification of universal human rights, for example, give rise to doubts.

³⁷ Tradução livre do seguinte trecho: Second, the one-dimensional model requires that attention be focussed on rationality as optimality. This, in the framework of the relativistic discourse theory, is the flip side of the ability of relative cognition. That focus is achieved, in the one-dimensional model, by the postulate to optimize the discursive circumstances. This postulate is inherent in the discourse principles. By way of the discourse principles with their postulate to optimize the discursive circumstances, a scale of rationality is brought into theory of legal argumentation, a scale of rationality that is adequate to the reality of legal discourse – for it is realizable: A legal judgment is correct if and only if it is a discursively possible result of an optimal legal discourse.

De forma semelhante ao que tinha feito Trivisonno - ou seja, usar a própria teoria de Alexy para realizar um desenvolvimento crítico dessa teoria – Bäcker aplica um conceito da teoria dos princípios à teoria do discurso de Alexy, o ótimo de Pareto. Porém, diferentemente de Trivisonno, o objetivo de Bäcker não é refinar a teoria, mas antes tentar extrair resultados antagônicos aos de Alexy.

Com o auxílio da ideia de otimalidade, de Pareto, Bäcker desenvolve uma teoria do discurso com apenas uma dimensão. A ideia do melhor aproveitamento de uma posição sem prejuízos das outras posições correlatas ao ótimo de Pareto é que permite a fusão das dimensões em uma.

Bäcker destaca ainda que as diferentes visões sobre o conceito de Direito vão resultar em diferentes visões sobre o conteúdo dos direitos humanos. Baseando-se na classificação de Alexy, investigada acima, ele estabelece um modelo com quatro diferentes tipos de teoria: positivismo jurídico convergente, positivismo jurídico divergente, não positivismo convergente e não positivismo divergente.

Bäcker explica as teorias convergentes da seguinte forma:

De acordo com as posições convergentes, a relação que se refere ao conteúdo corresponde, portanto, à relação que se refere à validade. Uma relação substantiva exige um contexto de validade (não positivismo jurídico convergente) e uma distinção substantiva demanda uma distinção também para a validade (positivismo jurídico convergente)³⁸ (BÄCKER, 2017, p. 197, tradução nossa).

Por sua vez as teorias divergentes devem ser entendidas da seguinte forma:

As posições divergentes são contraposições das posições convergentes, no que diz respeito ao contexto de validade. Uma relação substantiva entre Direito e Moral não impede uma distinção de validade (não-positivismo jurídico convergente) e uma distinção substantiva pode andar de mãos dadas com um contexto de validade (positivismo jurídico divergente) (BÄCKER, 2017, p. 197, tradução nossa).³⁹

³⁸ Tradução livre do seguinte trecho: Die divergenten Positionen sind Gegenpositionen der konvergenter Positionen, soweit es um den Geltungszusammenhang geht. Ein inhaltlicher Zusammenhang Recht und Moral steht danach einer Geltungstrennung nicht entgegen(divergenter Rechtsnichtpositivismus), uns eine inhaltliche Trennung kann mit einen Geltungszusammenhang einhergehen (divergenter Rechtspositivismus).

³⁹ Tradução livre do seguinte trecho: Die divergenten Positionen sind Gegenpositionen der konvergenter Positionen, soweit es um den Geltungszusammenhang geht. Ein inhaltlicher Zusammenhang Recht und Moral steht danach einer Geltungstrennung nicht entgegen(divergenter Rechtsnichtpositivismus), uns eine inhaltliche Trennung kann mit einen Geltungszusammenhang einhergehen (divergenter Rechtspositivismus)

Os termos convergente e divergente possuem relação direta com o conteúdo do conceito de direito e a forma como se dá a estruturação interna conforme a diferente visão sobre a relação entre Direito e Moral. Com isso, Bäcker reagrupa as subdivisões realizadas por Alexy de forma a explicitar o impacto que a aproximação ou negação da moral produz no conceito de direito.

Bäcker esclarece que Positivismo e não Positivismo são concepções contraditórias e não contrárias, como poderia se imaginar à primeira vista. Isso se dá porque “a negação de uma posição corresponde à outra. Ambas as posições podem, portanto, ser declaradas, indistintamente, com base em uma negação da outra”⁴⁰ (BÄCKER, 2015, p. 251, tradução nossa).

Compreende-se, assim, que cada uma das diferentes divisões da teoria de Alexy, que Bäcker agrupa num modelo de quatro níveis, possui uma concepção de direitos humanos equivalente e diretamente ligada ao conceito de direito próprio de cada uma:

Diante do pano de fundo do modelo de quatro níveis, quatro posições categoricamente diferentes podem ser explicitadas. Em todas as variantes da compreensão do Direito, os Direitos Humanos são aceitos como extralegais (originários), tal como demandas morais. As diferenças consistem na questão sobre como os direitos humanos são entendidos como demandas jurídicas⁴¹ (BÄCKER, 2017, p. 202, tradução nossa).

Para Bäcker, sua tese de uma teoria do discurso sob a égide do relativismo teria como principal vantagem a possibilidade de se constituir como uma teoria de apenas uma dimensão, diferentemente da teoria de Alexy, que estabelece a existência da dimensão ideal ou lado da dimensão real ou fática:

Aquele que assuma, com a teoria discursiva unidimensional, que os juízes podem e devem levantar apenas uma pretensão de correção ótima de suas decisões, não precisa, por isso, abrir mão de julgamentos judiciais ou jurídicos corretos. Ele só precisa admitir que julgamentos corretos só podem ser relativamente corretos⁴² (BÄCKER, 2012, p. 332, tradução nossa).

⁴⁰ Tradução livre do seguinte trecho: die Negation der einen Position entspricht der jeweils anderen. Beide Positionen können daher austauschbar anhand einer Negation der jeweils anderen angeführt werden.

⁴¹ Tradução livre do seguinte trecho: Vor dem Hintergrund des quadranten Modells lassen sich vielmehr vier kategorial unterschiedliche Positionen explizieren. In allen Varianten des Rechtsverständnisses werden Menschenrechte dabei als (originär) außerrechtliche, etwa moralische Ansprüche akzeptiert. Die Unterschiede bestehen darin, wie Menschenrechte als juristische Ansprüche verstanden werden.

⁴² Tradução livre do seguinte trecho: Wer mit der eindimensionalen Diskurstheorie annimmt, dass Richter (nur) einen Anspruch auf eine optimale Richtigkeit ihrer Entscheidungen erheben können und

Assim, Bäcker reformula a teoria do discurso de Alexy com implicações importantes em seus demais pontos. Isso porque os elementos da teoria de Alexy (discurso jurídico, teoria dos princípios e conceito de direito) estão fortemente imbrincadas de forma que elas se reforçam mutuamente. Como teórico tributário do relativismo, Bäcker faz justiça a um dos mais fortes aspectos do Positivismo jurídico. E, ao lado do positivismo, destaca que fatores históricos e culturais contingentes desempenham papel vital na construção de um sistema jurídico.

sollen, muss deswegen nicht auf richtige richterliche oder juristische Urteile verzichten. Er muss nur eingestehen, dass richtige Urteile immer nur relativ richtig sein können.

4 AS CRÍTICAS AO POSITIVISMO JURÍDICO REFLETIDO

O positivismo jurídico sofre uma série de críticas de diferentes matizes. Uma das críticas mais importante é a inexistência, no positivismo jurídico, de uma teoria consistente de interpretação/aplicação do direito. Há certo consenso que os positivistas refletidos, notadamente Kelsen e Hart, reconheceram a existência do poder discricionário daquele que aplica o direito.

Na presente seção será realizado um apanhado geral das críticas que formuladas contra o positivismo jurídico. Uma análise dessas críticas e um confronto com as ideias defendidas pelos autores positivistas, em especial Kelsen e Hart, será realizada na seção seguinte.

O positivismo é acusado de uma série de erros e inclusive de ter corroborado ou propiciado o surgimento do Nacional-Socialismo na Alemanha, crítica essa denominada por Bobbio como argumento *reductio ad Hitlerum*, ou seja, uma crítica direcionada a uma fictícia ligação ou justificação do Nazismo pelo Positivismo Jurídico (BOBBIO, 2006).

No atual cenário da teoria do direito no Brasil é comum se falar em superação do paradigma positivista, crise do positivismo, fim de um paradigma mentalista para um pós-convencional, insuficiência da aplicação positivista e a consequente necessidade de aplicação e compreensão do direito em uma visão pós-positivista ou neoconstitucionalista.

No âmbito internacional podem ser citadas as teorias de Carl Schmitt, Ronald Dworkin e Friedrich Müller, dentre outros, que apesar de possuírem concepções fortemente díspares do direito, possuem em comum a crítica às concepções positivistas. Os dois últimos podem ser classificados como pós-positivistas, tendo em vista que escrevem num momento cronologicamente posterior ao positivismo jurídico, formulando críticas a essa teoria e procurando estabelecer uma construção jurídica com intuito de solucionar problemas relativos à interpretação e à aplicação do direito.

Como destaca Afonso, a teoria de Kelsen, “juntamente com o seu autor, sofreu refutações apaixonadas e ataques das mais variadas formas, passou por tormentas, antes e depois da Segunda Guerra, e sobreviveu a elas” (AFONSO, 2013, p. 39). Isso vale em certa medida também para Hart.

Definir pós-positivismo jurídico, termo que frequentemente utilizado no Brasil e em alguns países hispânicos, é tarefa árdua. Isso porque não há uma unicidade de teses em torno dos autores possivelmente filiados a essa corrente. Em comum existem as críticas ao positivismo, críticas essas que variam substancialmente dentro dos autores do chamado pós-positivismo. Alguns autores contemporâneos que criticam o positivismo preferem outra denominação, como Alexy, que utiliza, como visto, o termo não positivismo para denotar todas as teorias que se opõem ao positivismo. Assim, o não positivismo parece englobar tanto o pós-positivismo quanto o jusnaturalismo.

O critério cronológico para a definição do pós-positivismo pode ser considerado um bom início, contudo deve-se nos atentar para o fato de que a tradição positivista ainda é forte, especialmente no âmbito do *common law*. Em linhas gerais pode-se caracterizar o pós-positivismo como uma corrente que surge num período cronologicamente posterior aos principais autores positivistas (notadamente Kelsen e Hart) e que formula teorias de aplicação e/ou interpretação do direito com alguma influência da moralidade crítica.

Hoerster visa compilar todas as características que são atribuídas ao positivismo jurídico pelos teóricos em geral em cinco teses, a saber: tese da lei, tese da neutralidade, tese da subsunção, tese do subjetivismo e tese do legalismo. Assim quando se designa positivismo jurídico tem-se em mente pelo menos uma dessas cinco teses.

A **tese da lei** significa que, para os positivistas a lei em sentido formal seria a única fonte do direito. A **Tese da neutralidade** significa que, para os positivistas, qualquer conteúdo pode ter a forma jurídica. A **tese da subsunção** diz respeito à suposta defesa de uma aplicação mecânica do direito por parte do positivismo. A **tese do subjetivismo** significa que o positivismo defenderia a ausência de uma moral universal ou positiva, ou seja, que a moral possui, na verdade, um caráter eminentemente subjetivo. Por fim, a **tese do legalismo** indica a defesa da discricionariedade judicial por parte do positivismo (HOERSTER, 2006).

Hoerster define a tese da neutralidade nos seguintes termos:

O positivista jurídico exige que o conceito de direito seja definido através de critérios puramente formais, neutro em relação ao conteúdo. Desse modo, desde o ponto de vista do conceito de direito, o direito vigente pode ter qualquer conteúdo [...] com sua tese da neutralidade o positivista jurídico advoga, pois, uma separação estrita entre a atribuição de validade jurídica e

a formulação de valorações ético normativas⁴³ (HOERSTER, 2000, p. 12, tradução nossa).

Como exemplo da tese da lei e do legalismo pode-se citar as críticas de Dworkin a Hart, na medida em que aquele afirma que os princípios seriam incompatíveis com a teoria positivista. Dworkin inicia dessa forma sua abordagem ao positivismo de Hart:

Quero lançar um ataque geral contra o positivismo e usarei o a versão de H. L. A. Hart como alvo, quando um alvo específico se fizer necessário. Minha estratégia será organizada em torno do fato de que, quando os juristas racionam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicos, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões (DWORKIN, 2010, p. 35/36).

A ideia central do argumento de Dworkin é que o positivismo estabeleceu um sistema de regras:

Argumentarei que o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras (DWORKIN, 2010, p. 36).

Como explica Simioni, Dworkin trabalha com a ampliação do direito para fora do ordenamento posto por meio da norma que denominou princípio:

Já os princípios são todos os demais padrões de moralidade transcendentais ao direito positivo, isto é, são todos aqueles padrões morais e políticos que as decisões jurídicas recorrem para decidir os casos que não são suficientemente solucionados pelas regras do direito positivo. Os princípios são todos os demais padrões normativos que não são regras, que estão para além do direito positivo (SIMIONI, 2014, p. 334).

Dworkin destaca que o sistema jurídico construído pelo positivismo abarcaria tão somente as regras estritas. E apenas essas espécies normativas poderiam ser aceitas pelo teste de identificação do sistema, a regra de reconhecimento de Hart:

⁴³ 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[...] Con sus tesis de La neutralidad, El iuspositivista aboga, pues, por una estricta separación entre lá atribución de la validez jurídica y la formulación de valoraciones ético-normativas.

Desse modo não é possível adaptar a versão de Hart do positivismo, modificando sua regra de reconhecimento para incluir princípios. Nenhum teste de pedigree que associe princípios a atos gerais que geram legislação pode ser formulado nem seu conceito de direito oriundo do costume, em si mesmo uma exceção à primeira tese do positivismo, pode ser tornado útil sem o abandono integral dessa tese (DWORKIN, 2010, p. 69).

Isso leva Dworkin a concluir que o direito, na concepção positivista, falha, na medida em que não reconhece outros padrões normativos, notadamente os abertos a moralidade, como pertencentes ao sistema jurídico, devendo por isso ser rejeitado:

Concluo que, se tratamos os princípios como direito, devemos rejeitar a primeira doutrina positivista, aquela segundo a qual o direito de uma comunidade se distingue de outros padrões sociais através de algum teste que toma a forma de uma regra suprema (DWORKIN, 2010, p. 70).

Posteriormente, Dworkin abrandava suas críticas formuladas e afirma em modelo de regras II que:

Quando escrevi o capítulo 2 [modelo de regras I], pensei que a tese positivista - em todos os sistemas jurídicos existe um teste fundamental para determinar o que faz parte do direito - fosse suficientemente clara a ponto de exigir muito pouca elaboração. [...] A objeção que há pouco descrevi [regra de reconhecimento poder ser um teste complexo que abarque os princípios] convence-me que eu estava errado nesse ponto (DWORKIN, 2010, p. 94).

Mas, de forma geral, Dworkin mantém a crítica formulada em face da questão atinente aos padrões normativos considerados como regras e princípios. Essa crítica possui ainda bastante adesão no Brasil, como será visto na seção seguinte.

Ainda no âmbito da tese do legalismo pode-se citar Streck:

E isso tudo porque, dentre os critérios de verificação aparece o da chamada discricionariedade judicial. Ela não aparece como problema; ao contrário, ela aparece como solução, ou, no mínimo, enquanto uma constatação científica, teoricamente "neutra", do modo como se resolvem determinadas controvérsias jurídicas. O problema da institucionalização da discricionariedade é o déficit democrático. Quem detém o poder de decidir de forma discricionária? Eis a questão (STRECK, p.47, 2017).

Baseado em Dworkin, Streck segue relatando o problema da discricionariedade no âmbito da teoria positivista:

Basicamente, Dworkin afirmava que, mesmo nos casos específicos no interior dos quais os positivistas conceituais reconheciam a possibilidade de decisão discricionária, seja pela falta de uma regra clara, seja por questões

de divergência interpretativa, haveria, também aqui, a necessidade de se observar que tais decisões aderem a padrões normativos obrigatórios. Tais padrões seriam princípios que estariam embebidos em uma forte controvérsia de fundo não apenas jurídico, mas, também – e principalmente –, moral (STRECK, p. 47, 2017).

Streck destaca ainda a qualidade e diversidade do positivismo refletido em face do positivismo anterior, mas adverte que baseados em noções diferentes, seguem na defesa de um poder discricionário para os juízes:

As propostas mais originais de positivismo conceitual/metodológico foram, certamente, as de Kelsen e Hart. O interessante é que, mesmo no interior dessa modalidade de positivismo, podemos encontrar ramificações que apresentam características heterogêneas. Por exemplo, os positivistas conceituais podem divergir entre si sobre a natureza e a extensão do poder discricionário dos juízes. Mas, de uma forma ou de outra, o tema do poder discricionário é uma constante. (STRECK, p. 47, 2017).

Streck destaca que o positivismo possui uma estreita ligação com o decisionismo, na medida em que defende uma aplicação solipsista e deslocada da realidade por parte do julgador:

Sendo mais claro: 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 escolher o sentido que mais lhe convier, o que seria dar azo à discricionariedade e/ou ao decisionismo típico do modelo positivista propugnado pelo próprio Kelsen (STRECK, p. 70, 2017).

As objeções de Friedrich Müller contra a tradição positivista atribuem a essa corrente a tese da subsunção:

Com esse termo [direito] só se compreende o direito objetivo vigente como sistema perfeito de normas jurídicas, **caracteriza-se a decisão jurídica concreta como aplicação lógica de uma norma jurídica abstrata a um tipo concreto ‘a ser subsumido’**, iguala-se a relevância jurídica à construtividade em termos de lógica jurídica (MÜLLER, 2002, p. 20, grifamos).

Barroso também apresenta objeções relacionadas à aplicação do direito no positivismo jurídico, que parecem atribuir a ele a tese da lei e a tese da neutralidade:

A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-

se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia (BARROSO, 2005, p. 5).

Indiretamente ligada à questão da discricionariedade, e, nessa medida, à tese do legalismo, está a crítica de Müller, segundo a qual o positivismo estabeleceu um sistema sem lacunas nos termos do dogma da completude do ordenamento jurídico:

De acordo com o credo positivista, o direito vigente é, outrossim, um sistema de enunciados jurídicos sem lacuna. Questões jurídicas efetivamente em aberto não podem surgir. Cada nova questão jurídica da *práxis* já foi solucionada pelo sistema, por força da necessidade do pensamento (MÜLLER, 2005, p. 24).

Outra crítica bastante comum, e que se relaciona à tese do legalismo, é aquela referente à normatividade da constituição. Müller, por exemplo, afirma:

Insistindo na mera positividade do direito, transfigurada longe da realidade da vida, o positivismo aceitou o preço da redução ou da perda da normatividade jurídica, cujas condições específicas bem como, genericamente, a peculiaridade do direito saíram do campo visual à medida que ideal de método de uma ciência natural que ainda não tinha começado a questionar-se foi transferido acriticamente a prescrições jurídicas (MÜLLER, 2005, p. 25).

Barroso segue a mesma linha:

Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas. e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado. A propósito, cabe registrar que o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial na matéria não eliminou as tensões inevitáveis que se formam entre as pretensões de normatividade do constituinte, de um lado, e, de outro lado, as circunstâncias da realidade fática e as eventuais resistências do *status quo* (BARROSO, 2005, p. 6).

Barroso destaca que que haveria uma ideia reinante de supremacia do legislativo sobre o judiciário e a virada do modelo pós 1945 permitiu o surgimento da supremacia da constituição que implica numa melhoria geral para o direito, na medida em que abre a possibilidade de constitucionalização dos direitos fundamentais:

A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção

passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais (BARROSO, 2005, p. 6).

Ainda no tocante à interpretação, Barroso apresenta os pontos problemáticos do positivismo jurídico que podem, em sua opinião, ser identificados com a **tese da subsunção**, citada acima:

A interpretação jurídica tradicional desenvolveu-se sobre duas grandes premissas: (i) quanto ao papel da norma, cabe a ela oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos; (ii) quanto ao papel do juiz, cabe a ele identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável ao problema a ser resolvido, revelando a solução nela contida. Vale dizer: a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato. No modelo convencional, as normas são percebidas como regras, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante subsunção (BARROSO, 2005, p. 8).

Outra crítica relacionada à tese da lei é a de que o positivismo jurídico realizaria uma separação rígida entre direito e realidade. Essa tese já está presente em Schmitt, para quem o “normativismo impede a real aplicação do direito, só possível através de uma decisão que preencha o hiato entre a norma e a realidade” (RIBEIRO, 2009, p. 240), essa crítica é também realizada por Müller:

A norma jurídica é compreendida erroneamente como ordem, como juízo hipotético, como vontade materialmente vazia. **Direito e realidade, norma e segmento normatizado da realidade aparecem justapostos ‘em si’ sem se relacionarem; um não carece do outro**, ambos só se encontram no caminho da subsunção do suporte fático, de uma aplicação da prescrição (MÜLLER, 2012, p. 21, grifamos).

Alexy perfila-se entre os teóricos que criticam a tese da neutralidade. Isso porque conecta o direito a moral e considera uma falha do positivismo exatamente a postura neutra de permitir qualquer conteúdo como possível ao ordenamento jurídico.

O direito tem uma dupla natureza, e essa é a tese que eu quero expor. A tese da dupla natureza estabelece a afirmação de que o direito necessariamente compreende tanto uma dimensão real ou factual quanto uma dimensão ideal ou crítica. Na definição de direito, a dimensão factual é representada pelos elementos da legalidade autoritativa e da eficácia social, enquanto a dimensão ideal encontra sua expressão no elemento da correção moral. A legalidade autoritativa e a eficácia social são fatos sociais. Se alguém alega que fatos sociais sozinhos podem determinar aquilo que é e aquilo que não é exigido pelo direito, isso significa o endosso de um conceito de direito positivista. Uma vez adicionada a correção moral como um terceiro elemento necessário, o quadro se modifica fundamentalmente; emerge um conceito de

direito não-positivista. Portanto, a tese da dupla natureza implica o não-positivismo (ALEXY, 2014, p. 301).

Já uma crítica a tese do subjetivismo pode ser encontrada em Radbruch como na seguinte passagem “o Direito, distinto da Moral, está, pois, a ela duplamente por seu conteúdo: ela é o fundamento de sua validade, porque um dos fins do Direito é possibilitar a moral” (RADBRUCH, 2005, p. 37).

Na próxima seção, será realizada uma análise crítica dessas objeções, com intuito de verificar quais delas são realmente procedentes.

4.1 Análise reflexiva das críticas

Na seção anterior, fez-se uma compilação de algumas das mais importantes críticas endereçadas ao positivismo jurídico. Nesta seção, busca-se confrontar essas críticas de forma a verificar quais são de fato pertinentes e quais não se sustentam diante de uma discussão mais refinada.

Com isso deve definir os primeiros passos para a realização de uma crítica correta ao positivismo jurídico é endereça-la à teoria adequada. Com algumas exceções, como Dworkin, que dirige sua crítica especificamente a determinado autor – a saber, Hart – um problema frequente nas críticas endereçadas ao positivismo é sua generalidade. Assim, muitas críticas desconsideram que existem significativas diferenças entre diversos autores “positivistas”. Como exemplo, considere-se, por um lado, os autores da Escola da Exegese e, por outro lado, os positivistas refletidos. Há significativa diferença entre eles, o que fica, porém, obscurecido em críticas como a de Barroso:

Desse modo, fica claro que o neoconstitucionalismo representa, apenas, a superação – no plano teórico-interpretativo – do paleojuspositivismo (Ferrajoli), na medida em que nada mais faz do que afirmar as críticas antiformalistas deduzidas pelos partidários da Escola do Direito Livre, da Jurisprudência dos Interesses e daquilo que é a versão mais contemporânea desta última, ou seja, da Jurisprudência dos Valores. (STRECK, p.68, 2017)

Destaca-se que essa postura de Streck é positiva. Isso porque divide e delimita melhor as teorias que podem ser denominadas positivistas, estabelecendo divisões internas. Assim fica claro que as críticas endereçadas à Escola da Exegese, por exemplo, não fazem sentido se aplicadas às ideias de Kelsen ou Hart.

Feita essa observação, passa-se ao exame das principais críticas ao positivismo. Seguir-se-á, na medida do possível, a sistematização de Hoerster, abordada na Seção anterior, pois nem todas as críticas podem ser enquadradas nas cinco teses compiladas por Hoerster.

Em primeiro lugar, será considerada a crítica a uma suposta adoção, pelo positivismo, da tese da lei.

No positivismo refletido a lei não é a única fonte do direito. Como destaca Kelsen, há uma série de outras normas que têm lugar no direito:

As normas não escritas da constituição, criadas consuetudinariamente, podem ser codificadas; e, então, quando esta codificação é realizada por um órgão legislativo e, portanto, tem caráter vinculante, elas se transformam em constituição escrita” (KELSEN, 2003, p. 247).

Em Kelsen, que o que une as normas jurídicas não é o fato de todas possuírem a mesma fonte, por exemplo a lei, mas uma hierarquia que pressupõe a norma fundamental:

Como já anteriormente verificamos, uma ordem jurídica é um sistema de normas gerais e individuais que estão ligadas entre si pelo fato de a criação de toda e qualquer norma que pertence a um sistema ser determinada por uma outra norma do sistema e, em última linha, pela sua norma fundamental. (KELSEN, 2003, p. 260).

Hart também destaca que da variedade de espécies normativas advém uma complexidade própria dos sistemas jurídicos atuais e, sendo necessária “uma taxonomia pormenorizada das variedades de leis compreendidas num moderno sistema jurídico, liberta do preconceito de que todas devem ser redutíveis a um tipo simples (...)” (HART, 2000, p. 41).

Assim constata-se que não há, nos autores do positivismo refletido, que é o que nos interessa aqui, defesa daquela que Hoerster denomina de tese da lei.

A tese do subjetivismo possui certa semelhança com a tese da neutralidade. A base comum dos teóricos que criticam o positivismo consiste na defesa de um relativismo moral e de um fundamento de validade formal, que permite qualquer conteúdo como jurídico. Nessa medida, ela pode ser considerada como uma tese positivista.

No que diz respeito à tese da subsunção, Hoerster parece ter razão quando afirma que nenhum positivista importante do século XX a defendeu. Como ressalta

Trivisonno, 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” (TRIVISONNO, 2011, p. 320).

No que diz respeito à tese do legalismo deve-se começar com uma análise da posição de Dworkin, pois a tese da ausência de normatividade dos princípios no positivismo decorre de sua clássica ofensiva contra os positivistas, especialmente contra Hart. A crítica de Dworkin a Hart, sobretudo nos ensaios O Modelo de Regras I e Modelo de Regras II (ambos presentes no livro Levando os direitos a sério) apresenta um problema essencial: não contem uma compreensão adequada da teoria criticada, ou seja, a teoria de Hart (DWORKIN, 2004). Raz foi o primeiro autor a chamar atenção para esse problema:

O erro do Professor Dworkin está em considerar que quando Austin estava falando sobre comandos ele estava se referindo ao que o Professor Dworkin chama de regras. Mas esse não é o caso. Também Hart não usa ‘regras’ no mesmo sentido que o professor Dworkin. Por ‘regras’ ele [HART] compreende o que professor Dworkin parece compreender por ‘padrões’, nomeadamente regras, princípios ou qualquer outro tipo de normas (seja legal ou social) (RAZ, 1972, p. 845, tradução nossa).⁴⁴

Outros autores seguiram a mesma linha. Dentre esses destaca-se Shapiro, que afirma:

Como nós podemos ver, o debate entre Hart e Dworkin não diz respeito se o direito contém tanto princípios quanto regras. Isso não é uma questão do debate pois nunca foi a questão do debate. Contrariamente a interpretação de Dworkin, Hart nunca defendeu um modelo de regras nem implícita nem explicitamente⁴⁵ (SHAPIRO, 2007, p. 17, tradução nossa).

Atualmente parece haver uma tendência de se considerar que a crítica de Dworkin contra Hart não procede pois Hart não considera o direito um conjunto de regras, no sentido em que Dworkin emprega o termo.

⁴⁴ Tradução livre do seguinte trecho: Professor Dworkin's mistake lies in assuming that when Austin was talking about commands he was referring to what Professor Dworkin calls rules. But this is not the case. Neither does Hart use 'rules' in the same sense as Professor Dworkin. By 'rules' he means what Professor Dworkin seems to mean by 'standards', namely rules, principles or any other type of norm (whether legal or social).

⁴⁵ Tradução livre do seguinte trecho: As we can see, the debate between Hart and Dworkin does not concern whether the law contains principles as well as rules. This cannot be the issue of the debate because it was never an issue of the debate. Contrary to Dworkin's interpretation, Hart never embraced the model of rules, either explicitly or implicitly

O fato de a crítica de Dworkin ser equivocada nesse ponto não significa, porém, a inadequação completa da tese do legalismo. Isso porque Kelsen e Hart de fato defendem o poder discricionário do juiz. Isso não significa, porém, que Kelsen defenda a aplicação fora dos padrões das normas jurídicas, ou seja, não defenda a validade de uma decisão jurídica fora da moldura. O problema da teoria de Kelsen é que ela constata o problema da discricionariedade, mas não possui ferramentas para atacá-la, limitando-se a descrevê-la. Quando a crítica é formulada nesses termos, ela é uma crítica plausível.

Mas é preciso entender que, no âmbito da Teoria Pura do Direito, o conhecimento da ciência do direito só pode ir até a moldura, ou seja, a atividade do cientista se limita a determinar as interpretações possíveis ao direito diante do caso. Assim, não há o desenvolvimento de uma teoria ou técnica de interpretação, em Kelsen, que possibilite ao intérprete fazer a escolha de uma das várias interpretações possíveis. Segundo 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, grifamos).

Em Hart, o poder discricionário não significa que o juiz seja um mero autômato:

Os juízes não estão confinados, ao interpretarem, quer as leis, quer os precedentes, às alternativas de escolha cega e arbitrária, ou à dedução 'mecânica' de regras em um sentido pré-determinado. A sua escolha é guiada muito frequentemente pela consideração de que a finalidade das regras que estão a interpretar é razoável, de tal forma que não se pretende com as regras criar injustiças ou ofender princípios morais assentes (HART, 2000, p. 220).

A ideia embrionária de uma interpretação jurídica qualificada está presente em Hart, como pode-se ver na seguinte passagem:

Sem dúvida, porque é sempre possível uma pluralidade de tais princípios [morais], não pode ser demonstrado que certa decisão é a única correta: mas essa pode tornar-se aceitável como produto racional de escolha esclarecida e imparcial. Em tudo isso, temos as actividades de 'pensar' ou de 'equilibrar', características do esforço para fazer justiça entre interesses conflitantes (HART, 2000, p. 221).

Dessa forma é possível e plenamente cabível crítica ao positivismo no sentido de não ter avançado na construção de uma teoria de aplicação do Direito que auxiliasse o julgador, reduzindo a discricionariedade. Mas não é cabível, como quer Barroso, criticar o positivismo refletido como se ele justificasse a atuação completamente arbitrária e sem limites do julgador. O positivismo constatou o problema, mas não dispunha de ferramentas para solucioná-lo.

Em Hart o limite da discricionariedade do julgador fica bastante claro, pois, há um núcleo essencial da própria regra a ser aplicada que deve ser observado no momento de sua aplicação, sob pena de violação do direito. A textura aberta constitui um núcleo esse limita as hipóteses interpretativas (o texto da regra indica qual é esse núcleo com o auxílio do uso comum da linguagem). 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, grifamos).

O desapego pela normatividade do direito, a decisão judicial sem qualquer lastro (ou o chamado direito criativo) não foram teses defendidas pelo positivismo refletido. É exatamente o contrário. Uma crítica nesse sentido pode ser formulada contra a Escola do Direito Livre, classificada por alguns teóricos como positivismo jurídico. Nesse ponto, contudo, cabe a mesma advertência feita no início desta seção, quando explicada a questão atinente a Escola da Exegese.

Os adversários do positivismo jurídico esquecem permanentemente o seguinte: não apenas o filósofo do direito que sustenta uma teoria geral do direito de orientação positivista não perda por isto a possibilidade de sustentar, ainda uma ética jurídica (criticamente orientada frente ao direito vigente e sua obediência)⁴⁶ (Hoerster, 2000, p. 145, tradução nossa).

⁴⁶ Los adversarios del positivismo jurídico olvidan permanentemente lo siguiente: no sólo el filósofo del derecho que sostiene una teoría general del derecho de orientación positivista no pierde por ello la posibilidad de sostener, además, una ética jurídica (criticamente orientada frente al derecho vigente y su obediencia).

Assim, autores como Streck equivocam-se ao considerar que há uma defesa de uma discricionariedade radical por parte do positivismo refletido. O que Kelsen faz é constatar existência de certa discricionariedade, separando de forma clara a aplicação do direito pela autoridade da interpretação realizada pela ciência do direito. O cientista do direito, aduz Kelsen, tem condições de identificar algumas interpretações possíveis que passam a compor a moldura aplicável ao caso.

O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha essa moldura em qualquer sentido possível (KELSEN, 2003, p. 390).

Deve-se considerar ainda que desenvolver uma teoria da interpretação não era um dos objetivos centrais das propostas elaboradas por Hart e especialmente por Kelsen. Para o positivismo refletido o direito possuía uma série de problemas estruturais que precisavam ser corrigidos. Streck dirige sua crítica ao positivismo baseando-se principalmente em Dworkin e Gadamer:

A resposta aparece, como também intuiu Dworkin, em Gadamer e sua hermenêutica filosófica. Na verdade, a hermenêutica filosófica surge como uma efetiva terceira via que passa ao largo da velha díade positivismo vs. jusnaturalismo. Novamente, aqui, o papel da filosofia – compreendida paradigmaticamente – como condição de possibilidade (STRECK, p.48, 2017).

Criticar Kelsen com base em constatações que podem ser extraídas de autores posteriores a ele não é propriamente adequado do ponto de vista conceitual. Gadamer escreveu sua principal obra, *Verdade e Método (Wahrheit und Methode)*, apenas em 1960. A primeira edição da *Teoria Pura do Direito* de Kelsen é data de 1934, e a segunda de 1960, quando já estava radicado nos EUA. Assim, essas críticas deveriam ser dirigidas aos kelsenianos e não propriamente a Kelsen. É preciso ressaltar que toda teoria é, em parte, fruto do seu tempo. Como ressalta Simioni:

Kelsen ofereceu uma resposta satisfatória ao grande problema da sua época, que era o problema da necessidade de um direito seguro e modificável para se adaptar às constantes transformações sociais da sociedade do século XX. De um direito jusnaturalista, temporalmente imutável e espacialmente válido de modo generalizado, Kelsen desloca o fundamento do direito, daqueles delírios metafísicos da vontade de Deus ou da perfeição da natureza, para colocar o fundamento no próprio sistema do direito: A norma fundamental (SIMIONI, 2014, p. 234).

É claro que se pode criticar Kelsen por algo que ele não produziu, uma teoria da interpretação/aplicação do direito. Mas o ponto mais interessante talvez fosse discutir se seria possível uma construção, em bases kelsenianas, de uma teoria que trate dessa questão, de forma que se possa ao menos reduzir o âmbito da discricionariedade do aplicador. A proposta de Alexy, por exemplo, que tem uma influência inegável de Kelsen, caminha nesse sentido.

Assim, embora Kelsen e Hart tenham contribuído decisivamente no desenvolvimento de diversos temas da ciência do direito, é preciso reconhecer que, no tocante à discricionariedade, há de fato uma lacuna em suas teorias. Eles diagnosticaram a discricionariedade como um elemento perturbador da segurança do sistema, mas não avançaram no sentido de oferecer uma solução para a questão.

Por outro lado, é interessante notar, como aliás destaca Streck, que uma série de propostas denominadas de pós-positivistas, como a de Barroso, ao invés de fechar o sistema jurídico e corrigir as eventuais falhas do positivismo acabam por radicalizar o problema da discricionariedade judicial:

Portanto, é preciso estar alerta para certas posturas típicas do pós-positivismo à brasileira, que pretende colocar o rótulo de novo em questões velhas, já bastante desgastadas nessa quadra da história, quando vivenciamos um tempo de constitucionalismo democrático. Ainda hoje presenciamos defesas vibrantes de ativismos judiciais para “implementar” e “concretizar” os direitos fundamentais, tudo isso sempre retornando ao mesmo ponto: a ideia de que, no momento da decisão, o juiz tem um espaço discricionário no qual pode moldar sua “vontade”, problemática que deixo clara no livro *O que é isto – decido conforme minha consciência?* (STRECK, p.70, 2017).

Ainda no âmbito da tese do legalismo enquadra-se, como visto, a crítica de ausência de normatividade. Percebe-se sua inadequação dessa crítica quando ela é dirigida a Kelsen. Como ressalta Paulson, em Kelsen a normatividade do direito precisava ser articulada de forma a avançar em face de uma forma mais rudimentar de positivismo sem, contudo, retornar às teorias que trabalham com uma normatividade ligada a um conteúdo material real, como as teorias jusnaturalistas:

Do modo como Kelsen entende a questão, o problema da normatividade desafia o teórico do direito a explicar a ‘força de obrigação’ ou obrigação jurídica sem incorrer nas soluções propostas tanto pelo juspositivista tradicional, que ostensivamente expressa material normativo em termos

factuais, como pelo jusnaturalista clássico, que reformula uma parte do direito em termos morais (PAULSON, 2013, p. 23).

Mais especificamente no caso da crítica formulada por Barroso, que, como visto, diz respeito a uma suposta ausência de normatividade da constituição, é preciso ressaltar sua impropriedade, na medida em que nos sistema de Kelsen não só a constituição possui caráter normativo, como também foi criada ideia (e a prática) do controle concentrado de constitucionalidade das leis.

Como destaca Kelsen “a constituição, que regula a produção de normas jurídicas, pode também determinar o conteúdo das futuras leis. E as constituições positivas não raramente assim procedem ao prescrever ou a excluir determinados conteúdos” (KELSEN, 2003, p. 249).

Kelsen trata ainda da normatividade da constituição em face da legislação ordinária:

Tudo isso sobre o pressuposto de que a simples lei não tem força para derogar a lei constitucional que determina a sua produção e o seu conteúdo, de que essa lei somente possa ser modificada ou revogada sob condições mais rigorosas, como sejam a maioria qualificada ou um quórum mais amplo quer isto dizer que a constituição prescreve para a sua modificação ou supressão um processo mais exigente, diferente do processo legislativo usual; que, além da forma legislativa existe uma específica forma constitucional (KELSEN, 2003, p. 249).

Em relação à crítica de que o positivismo teria separado direito e realidade, é preciso destacar que embora a separação rígida entre ser e dever ser pareça ter sido de fato defendida por Kelsen, na medida em que ele “condicionou, em sua doutrina, a validade da ordem jurídica à sua eficácia” (AFONSO, 1984, p. 266), ele atenua a separação.

Afonso explica que, em Kelsen, há uma imbricação importante entre validade e eficácia, de modo que os conceitos não podem ser adequadamente compreendidos de forma estanque:

A concepção de eficácia como condição de validade do ordenamento jurídico constitui um momento especial das relações entre ser e dever ser, na teoria de Kelsen, e, também o momento de diferenciação entre dois procedimentos possíveis no Direito positivo, o do cumprimento da norma e da aplicação da norma (AFONSO, 2013, p. 74).

A questão é, portanto, bem mais complexa do que pensa Müller. A estrutura do *deve ser* (*sollen*) em Kelsen está intimamente ligada ao seu conceito de direito. Isso porque, como explica Alexy, “[a] doutrina derivada da obrigação de Kelsen, é, portanto, não apenas uma tese teórico-normativa. Ela é uma tese sobre o conceito e a natureza do direito” (ALEXY, 2013, p. 101).

Essa crítica da separação entre direito e realidade é ainda mais inadequada se levado em conta o outro dos grandes expoentes do positivismo, Herbert Hart. Interessante notar que o Hart é acusado e criticado exatamente pelo extremo oposto, ou seja, por não ter separado de forma adequada o *ser* do *deve ser*.

Aceitar uma regra que encontra sua expressão numa prática comum significa passar do fato de que existe a prática ao juízo de que se ordena o comportamento em conformidade com essa prática. A vantagem da teoria kelseniana da norma fundamental consiste no fato de essa transição de um ser para um dever não estar escondida atrás de conceitos como os de aceitação e existência de uma prática, mas de ser exposta à luz, tornando-se um tema. Por fim, uma teoria empírica da norma fundamental há de fracassar por não compreender adequadamente o real problema de toda teoria da norma fundamental, a saber, a transição de ser para um dever (ALEXY, 2009, p. 147).

Veja-se como o próprio Hart entende a Regra de Reconhecimento:

Pode ser uma afirmação interna aplicando uma regra de reconhecimento aceita, mas não expressa e significando (grosseiramente) nada mais do que ‘válida, dados os critérios de validade do sistema’. A este respeito, porém, como nos outros aspectos, a regra de reconhecimento é diferente das outras regras do sistema. A asserção de que existe só pode ser uma afirmação externa de facto. Porque enquanto uma regra subordinada de um sistema pode ser válida e, nesse sentido, ‘existir’, mesmo se for geralmente ignorada, a regra de reconhecimento apenas existe como uma prática complexa, mas normalmente concordante, dos tribunais, dos funcionários e dos particulares, ao identificarem o direito por referência a certos critérios. A sua existência é uma questão de facto (HART, 2001, p. 121).

Dessa forma, a regra de reconhecimento possui natureza eminentemente prática, no sentido de que precisa haver aceitação por parte dos particulares e funcionários para que ela possa existir. Uma conceituação dessa natureza não pode ser capaz de sustentar uma separação forte entre direito e realidade, o que denota a impropriedade da crítica.

Dessa forma, o juiz não pode, sob pena de violar a constituição, afastar determinada norma jurídica, como numa decisão *contra legem*, por exemplo, ou se

utilizar determinada argumentação sem explicitar de maneira racional as razões de seu convencimento.

Da análise realizada acima, percebe-se, portanto, que a tese da neutralidade e a tese do subjetivismo foram defendidas pelo positivismo, e que a atribuição da tese do legalismo é apenas parcialmente correta, sobretudo se dirigida a Kelsen e a Hart. No caso do legalismo existe de fato a discricionariedade, que aliás existe em teóricos da tradição não positivista também como em Alexy, mas no caso do positivismo refletido não existe é uma defesa da discricionariedade.

Hoerster afirma que a tese da neutralidade é logicamente independente em relação as demais, tendo em vista que alguns autores como Austin não defenderam a tese do subjetivismo:

A tese da neutralidade, portanto, não é necessariamente dependente da tese do subjetivismo como premissa. [...] A tese do subjetivismo, por si só, não é, portanto, suficiente para justificar a tese da neutralidade. Afinal, as duas teses são logicamente independentes em todos os aspectos.⁴⁷ (HOERSTER, 2006, p. 76, tradução nossa).

Para Hoerster, a tese da neutralidade seria de fato a única tese comum a todos os positivistas. Isso porque para Hoerster “a tese da neutralidade, que é definida como um conceito de direito neutro relativamente ao conteúdo, permanece realmente no centro do ponto de vista do positivismo jurídico. Ela é defendida especialmente tanto por Kelsen quanto por Hart” (tradução nossa)⁴⁸

Desse modo, segundo Hoerster, apenas a ideia central de validade de qualquer conteúdo para uma norma jurídica pode ser considerada como ponto identificador do positivismo. Como visto, não só as teses rechaçadas por Hoerster como outras a elas relacionadas também não podem ser

A ideia geral que está a se expressar é que o positivismo jurídico precisa ser levado a sério, e grande parte do debate está contaminado por uma visão deturpada do positivismo. Isso fica claro na seguinte passagem de Trivisonno:

⁴⁷ Tradução livre do seguinte trecho: Die Neutralitätsthese ist also nicht unbedingt auf die Subjektivismusthese als Prämisse angewiesen. [...] Die Subjektivismusthese ist also allein nicht ausreichend, um die Neutralitätsthese zu begründen. Nach alledem sind die beiden Thesen also in jeder Hinsicht logisch voneinander unabhängig. (HOERSTER, 2006, p. 76)

⁴⁸ Tradução livre do seguinte trecho: Die Neutralitätsthese, wonach der Rechtsbegriff inhaltlich neutral zu definieren ist, steht tatsächlich im Zentrum jeder rechtspositivischen Sichtweise. Sie wird insbesondere von Kelsen sowie Hart in aller Deutlichkeit vertreten.

Portanto, a ideia de pós-positivismo (bem como de neoconstitucionalismo, pós-modernidade no direito, etc.) coloca na teoria positivista características que ela não tem ou, pelo menos, atribui características do pensamento de algumas escolas (como jurisprudência alemã dos conceitos) a autores positivistas, como Kelsen e Hart (TRIVISONNO, 2007, p. 157).

A proposta desta tese é realizar uma interpretação adequada do positivismo, buscando uma solução, ainda que parcial, para o problema déficit de legitimidade. A tese do conteúdo mínimo, embora não seja uma tese positivista, é uma ideia compatível com o positivismo, ou seja, um teórico positivista poderia adotá-la como ideia necessária a ser adicionada ao conceito de direito e ainda manter-se fiel a tradição a que pertence. Com isso pode-se livrar o positivismo dessa crítica, na medida em que com a tese do conteúdo mínimo há um incremento na legitimidade do direito. Essa ideia vai ficar mais clara ao discutir de que maneira o pluralismo se entrelaça com a tese do conteúdo mínimo, ou mais precisamente, como o pluralismo praticamente exige uma tese como a tese do conteúdo mínimo.

Por fim cabe uma rápida menção ao argumento “ad Hitlerum”, ou seja, à acusação de que o positivismo foi um dos responsáveis pela ascensão do Nacional-Socialismo. Essa tese ignora ainda questões teóricas importantes, como as críticas de Carl Schmitt a Kelsen, bem como questões de ordem fática, como a perseguição empreendida pelo regime contra o próprio Kelsen.⁴⁹

O presente trabalho enfocará a questão atinente à legitimidade do sistema jurídico e seu eventual déficit provocado pela tese da neutralidade, que estabelece que qualquer conteúdo pode ser um conteúdo jurídico. Se conseguir-se, de forma minimamente satisfatória, uma relação de coexistência pacífica entre a tese da neutralidade e a tese do conteúdo mínimo, terá logrado êxito em contribuir para a solução de um dos principais problemas do positivismo jurídico na atualidade.

Pode-se dividir essas críticas em dois grandes grupos: as pertinentes ou fortes e as impertinentes, que também podem ser denominadas fracas.

Existem duas críticas mais elaboradas, ou críticas fortes, que podem ser agrupadas da seguinte forma: o déficit de legitimidade da teoria positivista em virtude da defesa de um fundamento de validade do direito puramente formal e a ausência de uma teoria positivista mais elaborada de interpretação do direito. Esses problemas

⁴⁹ Uma farta Bibliografia foi produzida sobre o assunto. Por todos ver. ARAÚJO, Cynthia Pereira de. Nazismo e o conceito de não positivismo jurídico. Curitiba: Juruá. 2015.

parecem estar de alguma maneira conectados. O fio condutor a uni-los residiria na ausência da moral no conceito de direito positivista.

Em linhas gerais, pode se afirmar que o principal problema de algumas críticas é a ausência de rigor metodológico ao se referir ao positivismo jurídico. Isso porque, como visto no capítulo anterior, há uma extensa gama de teorias que são denominadas positivistas.

Na seção seguinte busca-se identificar falhas comuns ao positivismo e ao pós-positivismo com o auxílio da literatura, especialmente na sua manifestação mítica. Isso será feito através de uma análise crítica das observações de Louis Wolcher.

A discussão de Wolcher se dá em relação as teses defendidas por Hart e Dworkin. Procura-se identificar que as críticas formuladas a Hart se aplicam a Kelsen, tendo em vista a estrutura similar de suas teorias, e a análise das críticas também em relação à obra de Robert Alexy, que ao lado de Dworkin se constitui num dos principais autores contemporâneos que podem ser classificados como “pós-positivistas”.

4.2 Uma visão a partir da literatura

A literatura pode contribuir para o direito de diferentes formas. Benjamin Cardoso, em trabalho considerado inaugural na discussão sobre direito e literatura, discute como estilos literários podem estar presentes nas decisões judiciais.⁵⁰ Aqui, a literatura será utilizada, especialmente na sua dimensão simbólica, para auxiliar na percepção de problemas comuns tanto da teoria positivista quanto do não positivismo (notadamente de Dworkin).

A teoria da literatura pode contribuir para uma abordagem rica no tocante a interpretação jurídica. Como destaca Streck:

O direito opera com a norma e busca a verdade, seja lá o que essa “verdade” queira significar. Mas, assim como a literatura lida com a ambiguidade da linguagem, o direito não escapa disso. De há muito, sabemos que as palavras da lei são vagas e ambíguas. Isto pode ser observado a partir da relação entre texto e norma. O mesmo texto possibilita várias normas (ou sentidos). Um interessante retrato disso pode ser visto nos contos de Jorge Luís Borges (STRECK, 2013, p. 227).

⁵⁰ CARDOSO, Benjamin N. Law and Literature and other essays and addresses. New York: Hartcourt, Brace and Company. 1931.

Dworkin já havia expressado essa ideia, em seu artigo *De Que Maneira o Direito se Assemelha à Literatura?* afirmando os ganhos interpretativos que o direito pode alcançar se se aproximar da forma como é realizada a interpretação de textos literários.

O conceito central da crítica que será a análise da noção de visão mágica da linguagem, elaborada por Louis Wolcher, como uma visão fraca e degenerada do mito da caverna de Platão. Na teoria de Platão, tem-se a percepção do fenômeno e a aletheia como desvelamento. Essa dimensão de desvelamento é perdida quando a aletheia é traduzida por verdade (*truth ou veritas*) (WOLCHER, 2008, p. 123).

Isso porque esses termos se identificam com proposições ou, mais especificamente, com termos que designam a correção das proposições. O problema reside no fato de o significado que Platão dá a aletheia ser muito mais amplo.

Em Platão, a aletheia pode ser entendida como um movimento saindo da obscuridade em direção à verdade. A ideia, em Platão não é uma proposição sobre a coisa, mas a própria coisa. Veja-se como descreve o próprio Platão:

Quando à subida ao mundo superior e à visão do que lá se encontra, se a tomares como a ascensão da alma a mundo inteligível, não iludirás a minha expectativa, já que é teu desejo conhecê-la. O Deus sabe se ela é verdadeira. Pois, segundo entendo, no limite do cognoscível é que se avisa, a custo, a ideia do Bem; e uma vez avistada, compreende-se que ela é para todos a causa de quanto há de justo e belo; que no mundo visível, foi ela que criou a luz, da qual é senhora; e que no mundo inteligível, é ela senhora da verdade e da inteligência, e que preciso vê-la para se ser sensato na vida particular e pública (PLATÃO, ANO, 319 [517b/c]).

A visão mágica de linguagem, que é assumida tanto pelo positivismo como pelo não-positivismo (pelo menos na versão de não positivismo formulada por Dworkin), consiste nessa confusão entre fenômeno e desvelamento. Pelo menos a versão do não positivismo formulada por Dworkin.

Assim, a teoria jurídica assume a teoria mágica da linguagem, aplicando-a ao direito. A existência dos chamados casos fáceis, indicando que a maior parte das normas jurídicas tem determinados significados que podem ser apreendidos pelos interpretes (aplicadores ou não) de uma maneira geral constitui exemplo disso.

A existência de um núcleo de sentido comum de uma norma jurídica que pode ser percebido pelos operadores do direito, noção que une teóricos como Hart e Dworkin. E isso os fazem encarnar a visão mágica da linguagem:

Dworkin é seguramente um defensor mais sofisticado da visão mágica da linguagem na teoria jurídica. Como Hart ele mantém que as respostas corretas para os problemas jurídicos são baseadas nos significados jurídicos. Contudo esses significados não devem ser encontrados 'lá fora' em algum plano transcendente (por exemplo o núcleo de significado de Hart), onde ele pode ser visto ou inferido por todos os atores racionais⁵¹ (WOLCHER, 2008, p. 132, tradução nossa).

Outro ponto que pode ser explorado com auxílio da literatura seria o conceito de objetividade como algo que existe, devendo ser inferida sempre que não puder ser percebida. Essa ideia cria a ilusão de que uma norma existe, assim como átomos existem. Contudo deve se ter em mente que a inexistência de evidência não é a evidência da inexistência de uma determinada coisa (WOLCHER, 2008, p. 133).

Um outro conceito importante que se relaciona à visão mágica da linguagem é o que afirma a distinção, realizada por Hart, entre o ponto de vista interno e o ponto de vista externo no direito (obediência a norma para evitar sanção e a norma como padrão de comportamento respectivamente) (HART, 2000, p. 155).

Como ressalta Raz, a obediência à norma por meio da 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 que diz respeito ao seu cumprimento, mas apenas chamar atenção 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. 60).

A ideia de que significados podem ser inferidos a partir do comportamento judicial é um erro, conforme mostra Wolcher. Essa concepção confunde a existência de causas comuns, por exemplo aquelas que clarificam regularidades na natureza, e uma razão comum (WOLCHER, 2008, p. 135).

⁵¹ Tradução livre do seguinte trecho: Dworkin is by far the most sophisticated defender of the magical view of language in legal theory. Like Hart, he maintains that right answers to legal problems are based on legal meanings. However, these meanings are not supposed to be located 'out there' in some transcendent plane (e.g. Hart's 'core'), where they can be seen or inferred by all rational actors.

Hart e Dworkin encarnam a ideia de visão mágica da linguagem aplicada ao direito, na medida em que compartilham duas premissas sobre o valor filosófico da decisão judicial: em primeiro lugar o comportamento que constitui a prática judicial e, em segundo lugar, o significado da norma jurídica (WOLCHER, 2008, p. 135).

O ponto central para entender como Hart concebe a interpretação é a defesa de um núcleo de significado que existiria no interior da regra jurídica. Para Hart, o resultado dos casos fáceis poderia ser extraído diretamente dos fundamentos do sistema jurídico e não somente por meio dos casos historicamente já decididos. Para Wolcher, trata-se de um *non sequitur* (falácia lógica na qual a conclusão não decorre das premissas), pois não há conexão entre premissa e conclusão (WOLCHER, 2008, p. 136).

Segundo Wolcher, por meio da figura mítica do Grifo (criatura lendária com cabeça e asas de águia e corpo de leão, comum na mitologia Grega e do oriente médio), pode ser visualizada uma diferença entre dois conceitos filosóficos fundamentais: “critério de” e “evidência de”. (WOLCHER, 2008, p. 138) O primeiro estabelece o que uma coisa é ou o que essa coisa deveria ser se existisse. O segundo, do qual o Grifo seria um exemplo, identifica algo que já existe. Não há evidências que o Grifo exista na realidade, mas pode-se conhecê-lo se se olha para ele, ou seja, seu conceito já está perfeito e formulado e a partir disso é possível sua identificação (WOLCHER, 2008, p. 138).

Hart imagina que a regularidade do comportamento judicial é uma evidência da existência do núcleo de significado. Contudo, há, para Wolcher, uma confusão filosófica, pois não seria possível inferir a existência de algo a partir de evidências, sem ter ideia de que tipo de coisa esse algo é.

A tese da única resposta correta de Dworkin é baseada no significado jurídico, que por sua vez é estabelecido pelo trabalho operado pela interpretação judicial. Para Dworkin, haveria apenas escolhas binárias a serem feitas pelo Juiz. No caso do aborto, por exemplo, a discussão jurídica só permite uma solução de acordo ou em desacordo com a constituição. Dworkin estabelece sua teoria pensando que, de fato, existe apenas uma única resposta correta. Desse modo a diferença entre as teorias de Hart e Dworkin seria apenas de grau em relação à visão mágica do direito.

Segundo Simioni, a teoria de Dworkin constitui a formulação de uma construção hermenêutica de matriz gadameriana:

Ao contrário da linha procedimentalista de Alexy e Habermas, Dworkin assume uma perspectiva jurídica hermenêutica substantiva, como uma atitude interpretativa, comprometida com princípios e convicções morais da comunidade, que transcendem os textos legais e jurisprudenciais, e que por isso devem ser tratados como uma exigência de integridade e coerência (SIMIONI, 2014, p. 324).

Apesar de não diretamente direcionadas a Kelsen, essas críticas de Wolcher e Simioni também podem lhe ser direcionadas. No âmbito da construção dos significados das normas jurídicas, a ideia de indeterminação da linguagem jurídica presente em Kelsen em muito se assemelha à textura aberta de Hart.

Parece-nos que a teoria da argumentação jurídica construída por Robert Alexy tenta sair desse paradoxo. Alexy concorda com Dworkin que a discricionariedade precisa ser reduzida, mas, em seu entendimento, não é possível defender a tese da única resposta correta:

Seu defeito consiste em partir de pressupostos excessivamente fortes. A suposição da existência, independentemente do procedimento, de uma única resposta correta para cada questão prática é uma tese ontológica que tem pouco a favor e muito contra si. A constatação das questões práticas se baseia (não só, mas essencialmente) em interpretações e em ponderações de interesses. Não se pode aceitar que, fundado nisso, seja possível apenas uma resposta para cada questão prática (ALEXY, 2011, p. 306).

Alexy ressalta que a única resposta correta deve ser entendida como ideia regulativa, ou seja, um ideal a ser buscado “como ideia reguladora, o conceito de correção não pressupõe que exista para cada questão prática uma resposta correta que deve ser descoberta. Uma única resposta correta é a finalidade a que se deve aspirar” (ALEXY, 2011, p. 307).

Essa discussão a respeito de uma teoria de dois níveis, um ideal e outro não ideal (ou real) já está presente em Rawls. Em seu *Direito dos Povos*, Rawls formula uma teoria de dois níveis sobre a aplicação de sua teoria da justiça à sociedade dos povos. No tocante a uma teoria moral essa divisão é necessária:

Concluindo sua análise, Korsgaard afirma que a filosofia moral deve se dividir, como prega Rawls, em uma teoria ideal, que trabalha com certas pressuposições, e uma teoria não ideal, que, percebendo a impossibilidade da realização completa do ideal, trabalha com o que é possível realizar (TRIVISONNO, 2007, p. 62).

Para Korsgaard, se a teoria não ideal não for formulada, deve ser completada pelo interprete de modo se tenha uma visão completa do que pretendeu construir o

filósofo. Isso porque “condições não ideal existem quando, ou na medida em que, a concepção especial de justiça não pode ser realizada efetivamente.”⁵² (1999, p. 148, tradução nossa).

Korsgaard destaca que podem ser citadas duas vantagens em se atribuir a uma teoria os dois níveis, ideal e não ideal, mesmo que o teórico não a tenha formulado. É exatamente isso que ela faz com o direito de mentir em Kant. A primeira vantagem pode ser descrita como “para nos dar uma esfera de responsabilidade definitiva e bem definida para a vida cotidiana e alguma orientação, pelo menos, sobre quando devemos assumir a responsabilidade de violar os padrões ideais”⁵³ (1999, p. 151, tradução nossa).

A segunda por sua vez é destacada da seguinte forma:

Uma teoria de duplo nível oferece uma explicação de pelo menos algumas das ocasiões para esse tipo de arrependimento. Lamentaremos ter que nos afastar do padrão ideal de conduta, pois nos identificamos com esse padrão e pensamos em nossa autonomia em termos dele. O arrependimento por uma ação que não faríamos em circunstâncias ideais parece apropriado, mesmo que tenhamos feito o que é claramente a coisa certa⁵⁴ (1999, p. 151, tradução nossa).

A teoria da única resposta correta de Dworkin pode ser lida com base nessa ideia de Korsgaard.

Não é possível desenvolver, neste trabalho, uma interpretação da obra de Dworkin como uma teoria de dois níveis, um ideal e outro não ideal, que nos parece ser bastante interessante. Isso atenuaria várias críticas dirigidas a sua teoria, uma vez que, através dessa leitura, a única resposta correta poderia ser considerada como uma formulação ideal que o julgador deveria buscar ao interpretar o direito.

Como ressalta Alexy, do ponto de vista da teoria do discurso racional há três diferentes tipos de soluções para questões práticas ou normativas: as discursivamente

⁵² Nonideal conditions exist when, or to the extent that, the special conception of justice cannot be realized effectively

⁵³ The point of double-level theory is to give us both a definitive and well-defined sphere of responsibility for everyday life and some guidance, at least, about when we may or must take the responsibility of violating ideal standards

⁵⁴ A double-level theory offers an account of at least some of the occasions for this kind of regret. We will regret having to depart from the ideal standard of conduct, for we identify with this standard and think of our autonomy in terms of it. Regret for an action we would not do under ideal circumstances seems appropriate even if we have done what is clearly the right thing.

impossíveis, como a escravidão, as discursivamente necessárias, como os direitos fundamentais, e, por fim, as discursivamente possíveis:

Certamente, alguns juízos de valor e de dever, assim como algumas regras, são, exigidas ou excluídas, necessariamente pelas regras do discurso. Isso vale, por exemplo, para as regras que excluem completamente algumas pessoas de participar no discurso, conferindo-lhes, por exemplo, o status jurídico de escravos. Nesse sentido, é possível falar de impossibilidade discursiva ou de necessidade discursiva (ALEXY, 2011, p. 204).

No âmbito das soluções discursivamente possíveis existiria discricionariedade, menor que a constatada pelos positivistas e maior que a defendida por Dworkin, pois, em Alexy, o conceito de correção é relativo: “a aplicação das regras do discurso não leva segurança em toda a questão prática, mas a uma considerável redução da existência de irracionalidade” (ALEXY, 2011, p. 308).

Como ressalta Wolcher, a resposta correta (Dworkin) e o núcleo de significado (Hart) são desnecessários e circulares, porque para o estabelecimento de ambos é preciso verificar o comportamento judicial. E essas teses, por sua vez, são importantes para definir o padrão do comportamento judicial, caindo assim em um vazio circular a ser preenchido pela visão mística da linguagem (WOLCHER, 2008, p. 140).

A visão mágica da linguagem no direito crê na indeterminação do significado da norma (signo) jurídica. Wolcher, valendo-se de Wittgenstein, afirma que a atenção na interpretação de um signo deve estar no caso e critica, portanto, a interpretação jurídica tradicional, que visa o estabelecimento de padrões gerais para que posteriormente possa ser estabelecida a conformação do fato à norma (WOLCHER, 2008, p. 130).

Nesse ponto, a teoria de Alexy apresenta uma proposta mais adequada. Tomando por base a máxima da proporcionalidade, o resultado do caso depende tanto de das variáveis fáticas quanto normativas, ou melhor, ele é construído a partir das premissas fáticas e das normas (sobretudo princípios) que informam o caso. Assim, em Alexy, a regra jurídica que é o resultado da ponderação leva em conta tanto fatos quanto normas. No teste da proporcionalidade, as possibilidades fáticas são observadas diretamente no âmbito do exame das submáximas da adequação e necessidade, enquanto, no exame da submáxima da proporcionalidade em sentido

estrito, estão presentes também as possibilidades normativas.⁵⁵ A fórmula do peso evidencia a estrutura da ponderação apareceu inicialmente no artigo *Die Gewichsformel* (A Fórmula do Peso), de 2003. A versão atual da fórmula pode se expressa da seguinte forma:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i^e \cdot R_i^e}{I_j \cdot W_j \cdot R_j^e \cdot R_j^n}$$

Essa versão pode ser designada como a “fórmula do peso completa refinada”. Um número considerável de autores sugeriu que uma quarta variável deveria ser inserida na fórmula do peso. Na medida em que essas propostas são compatíveis com a equação da certeza e com o refinamento da fórmula do peso com ela atingido, eu concordo com eles (ALEXY, 2018, p. 6).

Na formula acima, vê-se que, para o estabelecimento dos valores (que substituirão as letras no caso concreto), os elementos fáticos exercem função importante, pois o grau de uma lesão a um princípio depende das circunstâncias fáticas do caso. Na teoria de Alexy, a solução só é possível, em especial na aplicação de princípios, de acordo com as circunstâncias identificadoras e individualizadas do caso concreto.

O foco e a preocupação do presente capítulo foi estabelecer de maneira geral os contornos do positivismo jurídico e do não positivismo, rechaçando algumas críticas e reconhecendo o valor de outras críticas direcionadas àquele.

Com isso tentou se mostrar que ideias como a defesa de um legalismo, a total discricionariedade do julgador, a superioridade da lei sobre a constituição, dentre outras, não foram defendidas pelo positivismo.

Isso torna possível reconhecer que o positivismo jurídico é uma teoria séria que tem importantes contribuições para a teoria do direito, e que para sua eventual superação é preciso levar em conta seus reais sucessos e fracassos. Isso torna possível uma superação real e no sentido positivo, com a internalização, nas teorias subsequentes, dos avanços conquistados pela teoria positivista. A partir desses pontos uma crítica consistente pode ser feita, não apenas ao positivismo como também a parte significativa do pós-positivismo.

⁵⁵ Para uma visão detalhada das máximas da proporcionalidade ver: ALEXY, Robert. Constitutional Rights, Balancing, and Rationality, in: Ratio Juris 16 n 02 (2003a), p. 131-140. E também SAPUCAIA, R. V. F. A derrotabilidade dos princípios e o Supremo Tribunal Federal. Observatório da Jurisdição Constitucional, v. 02, p. 01-15, 2012.

As críticas formuladas por Wolcher contra Hart e Dworkin parece não constituir óbice à adoção da teoria discursiva de Robert Alexy. Os dois principais pontos das argutas observações de Wolcher são resolvidos por Alexy com o auxílio da teoria da argumentação jurídica e da máxima da proporcionalidade.

O âmbito do discursivamente possível traz ainda uma discricionariedade, contudo limitada por regras racionais, construídas intersubjetivamente. E o resultado da ponderação não é algo pronto, algo a que deve ser conformado o caso, mas antes o contrário. A norma a ser aplicada ao caso é uma regra jurídica que se constitui a partir das bases fáticas e normativas do caso, ou seja, no momento da aplicação é criada uma nova regra que estabelece o direito conforme a necessidade do caso.

O problema da posição de Alexy reside em sua insistência em estabelecer uma conexão conceitual necessária entre Direito e Moral como consequência necessária de sua teoria, como visto no capítulo 2.

Ocorre que como bem destaca Bäcker (2013), é possível uma construção em sentido diverso a partir da própria teoria de Alexy, ou seja, é possível construir uma teoria que exclua a necessidade da moral para o conceito de direito, como discutido no capítulo anterior.

5 ELEMENTOS DA TESE DO CONTEÚDO MÍNIMO NO POSITIVISMO JURÍDICO

Neste capítulo será analisada a presença de elementos indicativos de uma ideia nos moldes da tese do conteúdo mínimo no âmbito das teorias positivistas. Assim, serão identificados os pontos que podem fundamentar ou justificar a tese defendida no trabalho dentro do positivismo refletido, e posteriormente, nos teóricos atuais da tradição positivista.

A ideia de uma tese do conteúdo mínimo é inspirada em pontos importantes já destacados pelo positivismo refletido de Kelsen e Hart. Hart elabora, em seu Conceito do Direito, o direito natural mínimo como ideia básica sem qual a própria existência e sentido de uma sociedade não poderia se organizar e manter minimamente. Kelsen, por sua vez, valoriza a ideia de um mínimo de liberdade, que pode ser entendido como um espaço de ausência de regulação, e ainda abre espaço para uma igualdade mínima interna aos sistemas jurídicos.

As novas propostas dentro da tradição relativista podem auxiliar na superação dessa dicotomia aparente entre positivismo e não positivismo, que se reflete, por exemplo, na classificação de Alexy. A discussão na seção 2 deste capítulo girará em torno das teorias já analisadas no Capítulo 3, Norbert Hoerster, Joseph Raz, proeminente discípulo de Hart, e Carsten Bäcker, teórico que se insere na tradição da teoria do discurso desenvolvida por Alexy.

5.1 Rudimentos de uma tese do conteúdo mínimo no positivismo refletido

Nesta seção, a análise terá como foco buscar rudimentos de uma defesa da tese do conteúdo mínimo dentro dos principais autores do positivismo refletido. A tese do conteúdo mínimo destaca que o direito deve obrigatoriamente proteger, de forma mínima, certo grau de liberdade e igualdade em seu sistema.

O objetivo não é encontrar uma defesa direta de uma tese do conteúdo mínimo nesses autores, mas antes evidenciar que ela é compatível com as teorias elaboradas pelos positivistas refletidos, o que já tornará possível estabelecer sua relação com a tradição positivista.

A ordem dos autores será diferente da adotada no Capítulo 3. Lá, por questões de ordem cronológica e também por ordem de importância para o positivismo, foi

discutida primeiramente a obra de Kelsen e, posteriormente, a de Hart. Nesta seção adota-se um critério diferente. Primeiro será discutida a concepção do positivismo refletido mais claramente conectada com a tese do conteúdo mínimo, o positivismo de Hart, na medida em que elabora a ideia de um direito natural mínimo. Após isso serão abordados os indícios de uma tese do conteúdo mínimo existentes na obra de Kelsen, que, como será visto, são mais fracos que aqueles presentes na obra de Hart.

A tese do conteúdo mínimo parece claramente encontrar guarida em Hart, através de sua defesa de um direito natural mínimo. No caso de Hart, trata-se, portanto de verificar se uma sistematização e atualização dessa ideia ainda seria compatível com o positivismo ou se ao tentar um pequeno passo além do proposto por Hart a tese do conteúdo mínimo já estaria dentro dos domínios do que se convencionou denominar não positivismo.

A tese de Hart sobre o direito natural mínimo não constitui, como poderia sugerir a nomenclatura por ele utilizada, uma defesa do jusnaturalismo, ou seja, ela não determina quais direitos inatos o ordenamento jurídico deve obrigatoriamente proteger. Em verdade, o que se tem é a identificação de regras básicas, tidas como essenciais para a própria estrutura social e para que essa estrutura possua uma estabilidade mínima. Hart afirma que:

A partir desse ponto, o argumento é simples. A reflexão acerca de algumas generalizações bastante óbvias – na verdade, truísmos – respeitantes à natureza humana e ao mundo em que os homens vivem mostra que, enquanto estas se mantiverem válidas, há certas regras de conduta que qualquer organização social deve conter, para ser viável. Tais regras constituem de facto um elemento comum no direito e na moral convencional de todas as sociedades que progrediram até ao ponto em que ambos são distinguidos como formas de controle social (HART, 2001, p. 209).

Hart deixa claro que sua tese do direito natural mínimo é uma tese empírica,⁵⁶ ou seja, uma teoria baseada em situações fáticas e suas consequências. Hart esclarece que baseou sua ideia nas características principais da vida humana e no mundo no qual se vive.

A ideia elaborada por Hart consiste na enumeração de cinco truísmos (explicar o que é truísmo) que constituem o conteúdo do seu direito natural mínimo. Esses

⁵⁶ Remete-se o leitor à seção 1.3 da introdução do presente trabalho, na qual foi elaborada uma distinção entre argumentos empíricos, analíticos e normativos.

truísmos são: vulnerabilidade humana; igualdade aproximada entre seres humanos; altruísmo limitado; recursos limitados; compreensão e força de vontade limitadas.

A vulnerabilidade limitada traduz a ideia de que o ser humano é frágil, inclusive fisicamente, podendo ser vítima de ataque e perder a vida. Essa vulnerabilidade é que, segundo Hart, está subjacente no mandamento moral 'não matarás'. Segundo Hart, se um ou alguns seres humanos não possuíssem essa característica seria seguro, para eles, tirar livremente a vida de outrem (HART, 2001, p. 210).

A igualdade aproximada significa que, apesar da existência de diferenças diversas entre as pessoas, essa diferença não é significativa a ponto de comprometer o fato de haver certa equivalência entre as características das pessoas (HART, 2001, p. 210).

O altruísmo limitado, por sua vez, destaca a ideia de que os seres humanos não são nem demônios que querem exterminar o outro a qualquer custo nem tampouco anjos que pensam apenas no bem alheio sem qualquer benefício em troca (HART, 2001, p. 211).

O truísmo relativo aos recursos limitados destaca que os bens necessários à vida humana são escassos e que isso implica a necessidade de uma regulação, mesmo que mínima, da propriedade (HART, 2001, p. 211).

Por fim, tem-se o truísmo da compreensão e força de vontade limitadas, que implica a coerção em face das pessoas que desrespeitam as regras estabelecidas, procurando tirar proveito próprio em detrimento dos demais (HART, 2001, p. 212).

Segundo Hart, sem os cinco truísmos, a própria estrutura social subjacente ao direito não teria condições de um equilíbrio mínimo que justificasse o convívio comum:

Podemos dizer, dado o enquadramento dos factos e finalidades naturais, que aquilo que torna as sanções não só possíveis, como necessárias num sistema interno, é uma *necessidade natural*, e uma tal frase é necessária também para tornar compreensível o estatuto das formas mínimas de proteção das pessoas, da propriedade e dos compromissos, os quais são aspectos igualmente indispensáveis do direito interno. É desta forma que devemos responder à tese positivista de que "o direito pode ter qualquer conteúdo" (HART, 2001, p. 215).

Essa passagem é interessante pois mostra a preocupação de Hart com uma regulação minimamente adequada de alguns direitos básicos. Isso indica que parece ser possível extrair rudimentos da tese do conteúdo mínimo do direito da ideia de um direito natural mínimo de Hart.

É interessante notar que uma análise dessas questões aparece também no pós-escrito, que pode ser considerado texto fundamental para a versão mais moderada do positivismo jurídico, onde são encontrados elementos confirmadores da tese aqui defendida:

Assim, quer as leis sejam moralmente boas ou más, justas ou injustas, os direitos e deveres requerem atenção como pontos focais nas actuações do direito, que se revestem de importância fundamental para os seres humanos, e isto independentemente dos méritos morais do direito. Por isso, é falso que as afirmações de direitos e deveres jurídicos só possam fazer sentido no mundo real se houver algum fundamento moral para sustentar a afirmação da sua existência (HART, 2001. p. 332).

Dessa forma, Hart destaca que os conteúdos jurídicos são fundamentais em uma determinada sociedade, independentemente da sua relação ou não com algum fundamento moral.

A ligação da tese do conteúdo mínimo com Kelsen parece, pelo menos à primeira vista, difícil de ser estabelecida. Contudo, uma investigação mais detida evidencia o contrário. Há dois pontos da obra de Kelsen que podem ser interpretados como esboço daquilo que, neste trabalho, compreende-se como tese do conteúdo mínimo: o “mínimo de liberdade” e relação entre eficácia e validade da ordem jurídica.

Ao tratar do mínimo de liberdade, Kelsen explica que o direito pode regular tanto positiva quanto negativamente os mais diferentes aspectos da vida de um indivíduo. Segundo Kelsen, seu papel no sistema jurídico pode ser explicado da seguinte forma:

No entanto, esta esfera de liberdade apenas pode ser considerada – conforme já pusemos em relevo – na medida em que a ordem jurídica proíba intrusões nela. Sob este aspecto, têm uma especial importância política as chamadas liberdades constitucionalmente garantidas. Trata-se de preceitos de Direito constitucional através dos quais a competência do órgão legislativo é limitada por forma a não lhe ser permitido – ou apenas o ser sob condições muito especiais – editar normas que prescrevam ou proíbam aos indivíduos a uma conduta de determinada espécie, como a prática da religião, a expressão de opinião e outras condutas análogas (Kelsen 2003, p. 48).

Ao estabelecer que determinada conduta não é permitida, como no caso da proibição de fumar em locais fechados, o direito preenche de forma ativa o espaço normativo ao qual está sujeita a pessoa que vive em determinada comunidade jurídica.

Todavia, ao lado da regulamentação positiva, o direito, ao não regular uma série de outras condutas, estabelece aquilo que Kelsen denomina o “mínimo de liberdade”. Com isso, Kelsen destaca que o direito pode regular condutas tanto de maneira positiva como de maneira negativa (KELSEN, 2003, p. 48).

A ausência de prescrição jurídica sobre uma determinada conduta se constitui como um ‘espaço’ não regulamentado positivamente, cujas condutas são, assim, permitidas.

A ideia subjacente a essa construção de Kelsen incorpora a função dos três modais deônticos básicos operam que no direito: proibição, obrigação e permissão. É no âmbito da permissão que se manifesta o conceito central do mínimo de liberdade.

Essa regulamentação não produzida se constitui como um importante aspecto do sistema jurídico. A ideia geral de que o cidadão só estará proibido de praticar determinada conduta caso haja proibição normativa um amplo espaço de ação ou mesmo de omissão para uma determinação por parte dos cidadãos aos quais a ordem jurídica se aplica.

Segundo Kelsen, esse mínimo de liberdade, consubstanciado na ausência de normas, obrigatoriamente está presente em quaisquer sistemas jurídicos:

Mesmo sob a ordem jurídica mais totalitária existe algo como uma liberdade inalienável – não enquanto direito inato do homem, enquanto direito natural, mas como uma consequência da limitação técnica que afeta a disciplina positiva da conduta humana (Kelsen 2003, p. 48).

Kelsen entende, portanto, que determinadas limitações são inexoráveis aos sistemas jurídicos enquanto ordens de conduta dotadas de coerção. Na visão de Kelsen, não é possível que um ordenamento regule todas as hipóteses de conduta prevendo exatamente tudo o que o cidadão pode ou não fazer em todas as situações. Outro aspecto relevante é que, na visão de Kelsen, não é possível ao legislador prever todas as hipóteses de aplicação ao formular uma norma jurídica de caráter geral. Como explica Kelsen, “esta determinação nunca é, porém, completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicado” (KELSEN, 2003, p. 388).

Com isso, o mínimo de liberdade afeta tanto o âmbito legislativo quanto o âmbito judicial. Como destaca Kelsen, não há diferença qualitativa entre esses dois âmbitos:

De certo existe uma diferença entre estes dois casos, mas é uma diferença somente quantitativa, não qualitativa, e consiste apenas em que a vinculação do legislador sob o aspecto material é uma vinculação muito mais reduzida do que a vinculação do juiz, em que aquele é, relativamente, muito mais livre na criação do Direito do que este (KELSEN, 2003, p. 393).

Isso significa que Kelsen rompe com a ideia tradicional de que o juiz apenas aplica a norma estabelecida previamente pelo legislado. Na Teoria Pura do Direito, o último nível da estrutura escalonada é formado exatamente pela norma individual proveniente de uma decisão judicial, que resolve um caso concreto (KELSEN, 2003, p. 390).

Dessa forma a diferença entre legislação e jurisdição é de grau. O legislador, ao criar uma lei, aplica a constituição, e o juiz, ao decidir um caso, aplica a lei, mas cria uma norma individual. A diferença é que este tem uma série muito maior de normas para aplicar:

A criação de uma norma é relativamente determinada pela norma superior, e, assim, relativamente indeterminada. A margem de manobra do legislador, segundo Kelsen, é mais ampla que a do juiz, mas em ambos os casos *não se pode* deduzir, da norma superior (ou de um grupo de normas superiores), *apenas uma* norma inferior. Em síntese, uma vez que a partir da constituição não se pode deduzir apenas uma norma geral sobre uma matéria (ou seja, apenas uma lei), e uma vez que a partir das leis não se pode deduzir apenas uma decisão para um caso (apenas uma sentença), tanto o legislador quanto o juiz possuem discricionariedade. Já que o juiz está vinculado à legislação, sua discricionariedade é menor que a do legislador, e a distinção entre legislação e jurisdição é uma questão de grau (TRIVISONNO, 2017, p. 97).

Pode-se perceber que a ideia subjacente a essa distinção é baseada na norma fundamental e na estrutura escalonada do direito, vistas na Seção 3.1.

Esse mínimo de liberdade, enquanto uma tese válida, segundo Kelsen, para todos ordenamentos jurídicos, embora constitua uma tese descritiva, acaba, de certa maneira, constituindo uma garantia ao cidadão.

Parece haver, nesse ponto, uma certa influência do conceito de direito de Kant⁵⁷ na teoria de Kelsen. Ao justificar a coerção, Kant afirma que o limite aplicado sobre um limite acaba por ser uma medida que fomenta o que fora inicialmente limitado (KANT, 2005, p. 43 [230]).

⁵⁷ O conceito tradicional de direito de Kant, presente na primeira parte da inicial da Doutrina do Direito, em sua Introdução à Metafísica dos Costumes, será analisado no capítulo 7. Para uma visão sobre a possibilidade de existirem não apenas um, mas dois conceitos de direito em Kant, ver MERLE, Jean-Christophe. Os dois conceitos de direito em Kant. Direito e Moral em Kant: ensaios analíticos. 2ª ed.

No conceito de direito de Kant, certo uso da liberdade que contraria a liberdade enquanto lei universal deve ser restringida. Assim a negação da negação à liberdade produz como efeito uma melhor liberdade, ou nas palavras de Kant “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 [230]).

Disso resulta a ideia de uma “liberdade sob leis”, na qual é válida ou mesmo necessária uma coerção que limita um impedimento a liberdade, nos seguintes termos:

Se, portanto, a minha ação ou, em geral, o meu estado pode coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal, aquele que me coloca impedimentos comete perante mim um acto injusto; pois que esse impedimento (essa resistência) não pode coexistir com a liberdade segundo leis universais (KANT, 2005, p. 43 [231]).

Naturalmente há uma diferença entre a tese kantiana e a kelseniana. Enquanto Kant produz uma teoria normativa, Kelsen produz uma teoria descritiva, sendo sua tese do mínimo de liberdade uma tese empírica. Mas, na medida em que Kelsen constata a existência de um limite na regulamentação produzida pelo direito, pode-se dizer haver, em sua teoria, um limite ao direito – ou seja, àquilo que constitui naturalmente numa limitação à liberdade. Desse modo uma limitação aplicada ao direito, no caso, a impossibilidade de normatizar a totalidade das condutas humanas, constitui-se como incremento da liberdade. A inexistência de limites não é compatível com o direito como sistema regulativo da vida em sociedade, uma vez que o próprio convívio com o outro já impõe limites.

O segundo ponto de Kelsen a corroborar uma tese do conteúdo mínimo diz respeito à relação entre validade e eficácia do direito:

A eficácia da ordem jurídica como um todo e a eficácia de uma norma jurídica singular são – tal como o ato que estabelece a norma – condição de validade. Tal eficácia é condição no sentido de que uma ordem jurídica como um todo e uma norma jurídica singular já não são mais consideradas como validas quando cessam de ser eficazes (KELSEN, 2003, p. 236).

Essa relação entre eficácia e validade tem consequências interessantes para a legitimação de grupos que se valem da força para conseguir seus objetivos. Em trecho famoso de sua *Teoria Pura do Direito*, que trata do bando de salteadores,

Kelsen afirma que é considerada como válida a ordem de um cobrador de impostos e não a de um assaltante, quando ambas determinam que se deve entregar a ele uma quantia em dinheiro, porque apenas a primeira pertence a um sistema de normas válido:

Se se trata de ato isolado de um só indivíduo, tal ato não pode ser considerado como uma norma jurídica, já mesmo pelo fato de ser o Direito – conforme já acentuamos – não ser uma norma isolada, mas um sistema de normas, um ordenamento social, e uma norma particular apenas pode se considerada como norma jurídica na medida em que pertença a um tal ordenamento (KELSEN, 2003, p. 52).

A noção central nesse ponto é que o direito contém uma autorização normativa no caso do cobrador e no caso do assaltante não. Quando, porém, considera-se a atividade de um grupo organizado que produz determinadas ordens, a questão se modifica. Segundo Kelsen:

O confronto com uma ordem jurídica apenas seria de considerar se se tratasse da atividade sistemática de um bando organizado que tornasse inseguro um determinado território pelo fato de coagir os indivíduos que ali vivessem, sob a ameaça de certos males, à entrega do seu dinheiro e valores patrimoniais (KELSEN, 2003, p. 52).

A solução para essa questão está relacionada à eficácia duradoura do ordenamento. Para Kelsen, quando um bando de salteadores pratica atos que violam uma ordem jurídica válida em determinado território, ela sanciona essas violações:

[...] componentes do bando são compulsoriamente privados da liberdade, ou mesma da vida, por meio de atos que são interpretados como pena de privação de liberdade e pena de morte, e assim, se põe um termo à atividade do bando – ou seja: quando a ordem de coação reconhecida como ordem jurídica é mais eficaz do que do que a ordem de coação constitutiva do bando de salteadores (Kelsen, 2003, p. 53).

Ainda segundo Kelsen:

Estas comunidades eram qualificadas como comunidades de “piratas” ou “corsários” apenas com referência ao emprego da força, contrário ao Direito internacional, contra os barcos de outros Estados. Segundo a sua ordem interna, porém, o emprego da força entre os seus membros era eficazmente proibido na medida necessária a garantir aquele mínimo de segurança coletiva que é condição de uma eficácia relativamente durável da ordem constitutiva da comunidade (KELSEN, 2003, p. 53).

Esse trecho toca num ponto fulcral. A eficácia duradoura mínima para um sistema ser considerado jurídico precisa ter por base um reconhecimento da comunidade daquela ordem e, para isso, deve existir um conteúdo minimamente protegido.

É possível identificar a existência de dois tipos de regulamentos operados dentro de um grupo de corsários. Um orientado para o público externo, ou seja, para as pessoas que não fazem parte do grupo e estão sob o poder dele, seja provisoriamente ou não. Sob esse ponto de vista, vê-se apenas a face da barbárie, o uso da violência para atingir os objetivos.

Mas há um segundo ponto de vista, como adverte Kelsen. Para os membros do grupo há regras que restringe o uso da força. E essa estrutura parece orientada à melhor organização da vida dentro do grupo. Ora essa é exatamente uma das funções mais caras ao direito.

Portanto, no caso do bando de corsários, os dois regulamentos se manifestam de maneira diferente e possuem igualmente funções distintas. Ao uso da força absoluto de poder que assegura os objetivos no plano externo (permitido pelo regulamento 1) contrapõe-se um uso com parcimônia da força no plano interno (regulamento 2), cujo objetivo é a obtenção da maior segurança possível para seus membros.

Pode-se inferir então, com Kelsen, que do ponto de vista dos membros desse grupo de “corsários” eles estão submetidos a uma ordem jurídica. Assim, o caso do bando de salteadores constitui, se examinado do ponto de vista das pessoas que são membros desse grupo, uma ordem jurídica minimamente organizada. O regulamento 1 é a expressão completa da barbárie, mas o regulamento 2 manifesta-se como uma ordem jurídica como qualquer outra.

A questão fundamental é se seria possível dividir uma ordem jurídica de forma a separar dois tipos completamente distintos de regulação como descrito no parágrafo anterior. Se uma comunidade pode ser considerada, por um lado, uma comunidade jurídica e, por outro lado, uma comunidade de pura força ao mesmo tempo.

Exemplos práticos podem ser utilizados para analisar esse ponto. Do ponto de vista interno, os EUA representam uma ordem jurídica, muito organizada e estável inclusive. Já para povos por eles invadidos ou que com eles entraram em guerra, a América pode ser entendida como uma comunidade que se vale de pura força, tal qual o grupo de Corsários. Ainda tendo como base os EUA, o sistema de justiça criminal

também apresenta diferenças brutais. Abstraindo da legitimidade da imposição da pena capital, que ainda se faz presente em alguns estados, para o cidadão preso no território americano há uma certa ordem e segue-se um devido processo previamente conhecido e público para as decisões. Já para os presos em Guantánamo não há qualquer direito, nem mesmo o direito a julgamento, estando alguns deles presos a décadas.

Um sistema jurídico que não desenvolva certo nível de segurança entre seus membros, mesmo que atue de forma violenta e predatória em relação aos grupos contrários, não possui a eficácia mínima necessária para se tornar um sistema de normas orientado e organizado de determinada comunidade.

Essas duas constatações empíricas de Kelsen, a tese do mínimo de liberdade e a eficácia como condição de validade do direito, relacionam-se com aquilo que neste trabalho denomina-se tese do conteúdo mínimo. Desse modo Kelsen adere ao conteúdo mínimo em sua versão empírica, tal como faz Hart.

Se se entende que a visão primordial para reconhecimento de uma ordem como jurídica é o ponto de vista dos membros da comunidade (no caso do exemplo de Kelsen, o bando de corsários), a conclusão do caso deve ser que realmente trata-se de um ordenamento jurídico, adequado e legítimo nas suas relações internas, mas predatório em face de grupos identificados como antagônicos.

De outro lado, ainda que para a caracterização da ordem jurídica for fundamental a análise do sistema do ponto de vista externo, ou seja, uma análise por parte daqueles que não são diretamente afetados pelas normas jurídicas desses sistemas e por suas consequências, pode ser a ordem jurídica de um grupo de piratas ou corsários considerada como um sistema jurídico.

Para aclarar essa dualidade pode-se adotar a distinção já famosa entre observadores e participantes, apresentada por Alexy. A figura do observador é descrita por Alexy da seguinte forma:

Ela será, aqui, empregada de acordo com a seguinte interpretação: adota a perspectiva do participante aquele que, em um sistema jurídico, apresenta argumentos sobre aquilo que esse sistema jurídico comanda, proíbe e permite, bem como sobre suas atribuições de poder. No centro da perspectiva do participante está o juiz (ALEXY, 2014, p. 278).

O fato de a figura central ser a do juiz não significa que ele seja a única figura que possa estar na perspectiva do participante. O ponto é que os demais

participantes, como advogados ou indivíduos, argumentam para convencer o juiz que será o responsável por decidir um caso:

Quando outros participantes, por exemplo cientistas do direito, advogados ou cidadãos interessados no sistema jurídico, apresentam argumentos a favor ou contra determinado conteúdo do sistema jurídico, eles se referem, no final das contas, a como um juiz deveria decidir se ele quisesse decidir de forma correta (ALEXY, 2014, p. 278).

Por sua vez, a perspectiva do observador é aquela tomada por um membro externo que não está diretamente ligado a um determinado sistema jurídico, e não pode, portanto, estar submetido às normas desse ordenamento:

Ao contrário, adota a perspectiva do observador aquele que não pergunta qual é a decisão correta em determinado sistema jurídico, mas como em determinado sistema jurídico de fato se decide. Um exemplo de um tal observador é o americano branco de Norbert Hoerster, que quer viajar com sua esposa negra pela África do Sul, sob a vigência das leis do *Apartheid*, e que pensa nos detalhes jurídicos de sua viagem (ALEXY, 2014, p. 278).

Essa importante ideia, segundo a qual apenas uma ordem jurídica que acha um compromisso entre interesses conflitantes pode sobreviver por longo tempo também encontra expressão também em outro texto de Kelsen, denominado *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*:

Uma afirmação que pode fazer, no entanto, com base na experiência: apenas uma ordem jurídica que não satisfaça os interesses de um em detrimento de outro, mas que promova um compromisso entre interesses opostos e minimize os possíveis atritos tem expectativa de existência relativamente duradoura. 'Somente tal ordem estará em posição de assegurar a paz social em uma base relativamente permanente aos seus cidadãos'⁵⁸ (KELSEN, 1941, p. 49, tradução nossa).

Nessa passagem Kelsen deixa claro que existe uma relação entre satisfação dos interesses dos membros de um determinado sistema jurídico e eficácia duradoura desse mesmo sistema. Tem-se aí, mais uma vez, um argumento de base empírica, tal qual o direito natural mínimo de Hart.

⁵⁸ Tradução livre do seguinte trecho: One statement it can make, however, on the basis of experience: only a legal order which does not satisfy the interests of one at the expense of another, but which brings about such a compromise between opposing interests as to minimize the possible frictions has expectation of relatively enduring existence. 'Only such an order will be in a position to secure social peace on a relatively permanent basis to its citizens.'

Assim, pode-se concluir que a tese do conteúdo mínimo tem certa inspiração no direito natural mínimo de Hart e nas teses kelsenianas do mínimo de liberdade e do mínimo de eficácia. Uma questão ainda a ser analisada é estabelecer se a tese do conteúdo mínimo pode ser encarada como uma continuação do positivismo ou se, apesar de encontrar certo suporte nessa corrente, ela acaba indo muito além dele e, assim, com ele se tornando incompatível. Isso será feito no Capítulo 7. Agora, passa-se a uma análise da tese do conteúdo mínimo no positivismo contemporâneo.

5.2 A tese do conteúdo mínimo nos novos modelos positivistas (Hoerster, Raz e Bäcker)

Nesta Seção será estabelecida uma relação entre os novos modelos positivistas e a tese do conteúdo mínimo.

Pode se considerar como ponto comum das três propostas positivistas que foram debatidas na Seção 3.3 a discussão sobre a legitimidade do direito. Esse aspecto, como já apontado anteriormente, constitui uma das falhas mais relevantes do positivismo refletido. Com propostas diferentes, Hoerster, Raz e Bäcker visam corrigir o positivismo nesse ponto.

Com isso verifica-se que há uma confluência da tese defendida neste trabalho com essas três propostas. A tese do conteúdo mínimo visa reconstruir elementos presentes no positivismo refletido para solucionar um de seus problemas, que é exatamente o déficit de legitimidade provocado pelo critério puramente formal de validade do sistema jurídico.

O positivismo defende, como visto no Capítulo 3, uma concepção de direito que seja neutra do ponto de vista moral. Como explica Hoerster:

Enquanto os defensores do "positivismo jurídico" falam que um conceito de direito moralmente neutro é completo, seus oponentes discordaram decididamente sobre esse ponto. Eles consideram que um vínculo conceitual do direito com exigências morais tem sido pelo menos indispensável.⁵⁹ (HOERSTER, 2006, p. 65, tradução nossa).

Em Raz, a autoridade legítima ocupa esse papel de garantidora da legitimidade do sistema, de modo que se conecta de maneira mais adequada com a necessidade de justificação das fontes institucionais das quais emanam as normas jurídicas. Nesse sentido explica Gaido:

A ideia de autoridade legítima é crucial na visão de Joseph Raz sobre o Direito. A existência do Direito exige, por um lado, fontes institucionais que, intencionalmente, formulem diretivas cujo propósito é o de regular o comportamento de seus sujeitos, levantando pretensão de autoridade legítima. Por outro lado, exige agentes (tipicamente, embora não apenas, juizes) que aceitem a autoridade legítima dessas fontes institucionais (GAIDO, 2017, p. 277).

Em Bäcker, a legitimidade provem da liberdade e igualdade, que são pressupostos fundamentais do discurso jurídico. Assim, a liberdade que compõe o núcleo da tese do conteúdo mínimo pode ser encontrada também em Bäcker, porém em bases diversas, pois ele formula sua teoria em bases discursivas, como visto no Capítulo 3.

Na questão relativa à legitimidade do sistema jurídico e de sua estruturação sem o auxílio da moralidade Raz e Hoerster trabalham com propostas interessantes. Tanto a noção de razões excludentes formulada por Raz quanto o critério de aceitação formulado por Hoerster permitem uma justificação adequada para o direito, como visto no Seção 3.3.

Hoerster explica que a tese da neutralidade, enquanto tese central do positivismo, não exige a comprovação da inexistência de um Direito Natural, pois "a existência de um direito natural (de qualquer tipo) está em contradição com a tese do

⁵⁹ Tradução livre do seguinte trecho: Während die Vertreter des 'Rechtsoisitivismus' einem Rechtsbegriff das Wort reden, der moralisch vollkommen neutral ist, sind ihre Gegner in diesem Punkt entschieden anderer Meinung. Sie halten eine begriffliche Verknüpfung des Rechts zumindest mit *gewesen* moralischen Anforderungen für unverzichtbar.

subjetivismo e não com a tese da neutralidade do positivismo jurídico⁶⁰ (HOERSTER, 2006, p. 93).

A ideia de Raz de razões excludentes se aproxima do que Hoerster denomina contramotivo. Em ambos os casos a norma jurídica serve de base para se afastar outras razões (ou motivos) para não a cumprir. Como explica Gaido:

O que deve ser excluído, salvo um alerta explícito, são aquelas considerações contrárias à ação exigida pela norma, as quais levariam à rejeição da ação exigida, caso prevalecessem. Adicionalmente, a suposição é a de que a autoridade decidiu no interior dos limites de sua competência ou jurisdição. Realmente, é coerente para Joseph Raz reconhecer que legisladores ou normas de segunda ordem de um sistema jurídico (por exemplo, normas constitucionais) podem pôr limites à exclusão, isto é, invocar algumas razões para além do escopo de exclusão (GAIDO, 2017, p. 277).

Dessa forma, tem-se que a noção de aceitação, formulada por Hoerster, fornece subsídios importantes para a tese do conteúdo mínimo defendida nessa tese.

Se, de um lado, procurou-se demonstrar que no positivismo refletido já é possível articular ideias embrionárias de uma proposta como a do conteúdo mínimo, por outro pode-se perceber que os atuais teóricos do positivismo podem contribuir em maior medida com elementos para a construção dessa tese.

Como visto, a ideia identificadora fundamental do positivismo jurídico, para Hoerster, é a tese da neutralidade. Segundo Hoerster todo teórico positivista defende (ou precisa defender) obrigatoriamente essa tese. Como o próprio nome já indica, a tese da neutralidade defende, como ressalta Hoerster, que “o conceito de direito é definido como neutro do ponto de vista do conteúdo”⁶¹ (HOERSTER, 2006, p. 70). Exemplo clássico dessa posição é a famosa afirmação de Kelsen: “qualquer conteúdo pode ser um conteúdo jurídico” (KELSEN, 2003, p.30).

Os critérios para aferição da validade do direito no Positivismo Jurídico refletido, ou seja, a regra de reconhecimento de Hart e a norma fundamental de Kelsen, são puramente formais, visando identificar e validar o sistema com base sem consideração de critérios materiais. E, nesses autores, validar o sistema deve ser entendido unicamente no sentido jurídico, ou seja, não há emissão de juízo de valor em face

⁶⁰ Tradução livre do seguinte trecho: Die Existenz eines Naturrechts (welcher Art auch immer) steht zwar im Widerspruch zur Subjektivismusthese, nicht aber im Widerspruch zur rechtspositivistischen Neutralitätsthese.

⁶¹ Tradução livre do seguinte trecho: der Begriff des Rechts ist inhaltlich neutral zu definieren

desse ordenamento. A qualidade de bom ou mau, justo ou injusto, não é um critério jurídico.

Nesse aspecto, o Positivismo Jurídico possui uma vantagem em face de teorias que adicionam aos aspectos jurídicos um aspecto moral, que vincula o cumprimento do direito. Como destaca Kelsen, a possibilidade de teorias morais, como a de Kant, exigirem a obediência ao direito como imperativo moral reforça o argumento da necessidade de uma separação entre as duas ordens:

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).

A tese da neutralidade só constitui um problema quando tomada conjuntamente com classificações herméticas, como a de Alexy, que conduz ao engessamento do positivismo, não deixando espaço para novas ideias ou construções dentro da teoria. Além disso, ela parece estar em contradição com as noções do positivismo vistas nesse Capítulo. Em síntese, a linha entre positivismo e não positivismo é mais tênue do que inicialmente poderia supor. Como afirma Raz:

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 é⁶² (RAZ, 2003, p. 17, tradução nossa).

Assim, uma concepção positivista compatível com a tese do conteúdo mínimo que não precisa abandonar completamente a ideia de considerar que qualquer conteúdo pode ser conteúdo do direito, mas deve restringi-la através da tese de que

⁶² 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.

um determinado conteúdo mínimo que se constitui como o próprio fundamento do sistema jurídico deve ser positivado. Isso porque o direito, na tradição positivista, possui, como mostra Alexy, os elementos da conformidade com o ordenamento (legalidade) e da eficácia social

Quem segrega por completo a correção material, focalizando unicamente a legalidade conforme o ordenamento e/ou a eficácia social chega a um conceito de direito puramente positivista. No espaço compreendido entre esses dois extremos é possível conceber muitas formas intermediárias (ALEXY, 2009, p. 15).

A eficácia social só pode ser atingida mediante determinadas condições que chegam até a ultrapassar a noção de conteúdo mínimo, que defende que o sistema jurídico deve estabelecer um nível mínimo de proteção aos bens mais básicos como requisito de constituição do próprio sistema. Essa tese será explicitada no Capítulo 7. Antes disso, no Capítulo seguinte, será realizada uma discussão sobre como a adoção de uma teoria não positivista pode afetar o conteúdo da normatividade do sistema jurídico.

6 CONTEÚDO MÍNIMO E NÃO POSITIVISMO JURÍDICO

A tese do conteúdo mínimo defende que sistemas jurídicos precisam conter certo grau de proteção da liberdade e da igualdade, ou seja, é necessário que o direito proteja, pelo menos em termos mínimos, a liberdade e a igualdade para que possa exercer de modo satisfatório seu papel na sociedade. Apenas sistemas jurídicos que protegem esses bens de forma estável e duradoura atingem o fim de regulação do convívio em sociedade.

Antes de avançar na explanação mais detalhada da tese do conteúdo mínimo, deve-se discutir o papel do direito na sociedade. Se o direito precisa de conteúdo mínimo para exercer de forma ótima seu papel, a discussão sobre qual é esse papel é extremamente relevante. Mas qual é a função do direito? Em linhas gerais pode-se afirmar que o direito é um conjunto de normas destinado a regular a organização da sociedade. Essas normas devem estabelecer o modelo estatal de governo e, ao mesmo tempo, disciplinar a convivência dos participantes de uma determinada comunidade entre si, bem como deles em face do estado.

Como destaca Kelsen:

O direito é uma ordem da conduta humana. Uma “ordem” é um sistema de regras. O direito não é, como às vezes se diz, uma regra. É um conjunto de regras que possui o tipo de unidade que entendemos por sistema. É impossível reconhecermos a natureza do Direito se restringirmos nossa atenção a uma regra isolada. As relações que concatenam as regras específicas de uma ordem jurídica também são essências à natureza do Direito. Apenas com base numa compreensão clara das relações que constituem a ordem jurídica é que a natureza do Direito pode ser plenamente entendida (KELSEN, 2000, p. 5).

Desse modo, ainda refletindo sobre a pergunta acima, pode-se afirmar que o direito é a forma mais organizada e sofisticada de estruturação de uma sociedade.

Kelsen destaca ainda que o sistema jurídico possui como critério distintivo máximo em face de outros ordenamentos a coerção, entendida como possibilidade do uso da força como sanção em caso de descumprimento de uma norma. Essa característica, a coerção, não está presente de forma organizada e estruturada nos demais ordenamentos normativos, como a moral (KELSEN, 2003, p. 37).

Essa característica pode ser analisada não só do ponto de vista de teorias positivistas, como a de Kelsen, mas também através de teorias não positivistas, como as teorias do contrato social.

As teorias contratualistas⁶³ clássicas tinham uma estruturação razoavelmente parecida, em que podem ser identificados três elementos (de caráter lógico, não necessariamente histórico ou fático): o estado de natureza, o contrato, entendido como pacto social, e o estado Civil. Por meio da celebração do pacto social os participantes de uma comunidade fazem a transição entre o estado de natureza e o estado civil.

O contratualismo clássico tem por objetivo justificar a legitimidade do poder político, sem que ele viole os direitos naturais dos indivíduos:

No contratualismo que inspirou o liberalismo clássico, a questão crucial é a seguinte: desde que os indivíduos são detentores de direitos naturais (uma proposição auto-evidente), como os governos podem se constituir sem violar esses direitos? E a resposta padrão é esta: *volenti non fit iniuria* (o que é voluntário não é injusto). Se houver consentimento voluntário por parte do súdito, obedecidos os rituais prescritos pelo direito natural, o soberano é legítimo, e também suas decisões (ARAÚJO, 2002, p. 84, grifos do autor).

O ponto em comum das teorias contratualistas é o estabelecimento de uma estrutura para justificar a sociedade:

Em suas várias variantes de Hobbes, Locke, Rosseau, Rawls, Gauthier e Scanlon, apesar de certas diferenças nos detalhes, ela [a teoria do contrato] sempre parte de indivíduos, que em última instância, são considerados ficticiamente como contratantes. As diferenças dizem respeito à questão de como os indivíduos devem ser compreendidos, quais suas características devem ser decisivas e como a conclusão do contrato deve ser interpretada⁶⁴ (von der PFORDTEN, 2013, p. 101, tradução nossa).

Como observa Höffe, “objeto das teorias contratualistas não são contratos históricos, nem acordos expressos ou tácitos” (HÖFFE, 2003, p. 75). E essa ideia tem como objeto a instituição de uma forma especial de organização, a sociedade civil,

⁶³ Entre os teóricos da teoria do contrato podem ser citados Grocio, Hobbes, Locke, Kant entre outros.

⁶⁴ Tradução livre do seguinte trecho: Sie geht in ihren verschiedenen Varianten bei Hobbes, Locke, Rosseau, Rawls, Gauthier und Scanlon trotz gewisser Unterschiede in Einzelheiten immer von Individuen aus, die in letzter Instanz fiktiv als vertragsschliessend angesehen werden. Die Unterschiede betreffen die Frage, wie die Individuen zu verstehen sind, welche ihre Eigenschaften entscheidend sein sollen und wie der Vertragsschluss zu interpretieren ist

que serve como justificativa do sistema jurídico no qual o estado é baseado (HÖFFE, 2003, p. 75).

Assim, o estado de natureza não precisa ser a manifestação total da barbárie, como o concebe Hobbes:

Para essa guerra de todos contra todos, então isto é consistente; que nada pode ser injusto. As noções de certo e errado, justiça e injustiça não têm lugar. Onde não há poder comum, não há lei: onde não há lei, não há injustiça. Força e fraude são as duas virtudes cardeais⁶⁵ (HOBBS, 1996, p. 85 [63], tradução nossa).

Ele pode ser uma forma mais simples e menos estruturada de organização da sociedade ou uma situação hipotética na qual não há uma melhor oportunidade para desenvolvimento da justiça.

O contratualismo votou a ser utilizado, no século XX, na filosofia política de John Rawls. Mas a teoria de Rawls, embora compartilhe a ideia fundamental do contratualismo, tem como objetivo não a legitimação do poder político e o respeito a determinados direitos naturais preexistente, mas antes a construção de uma teoria da justiça da qual derivam princípios de justiça e, posteriormente, a estrutura básica da sociedade:

Tomemos a obra mais influente do novo liberalismo, a de John Rawls. Nela o contrato é pensado para construir, não uma teoria do governo legítimo, como aparece em Grócio, Hobbes, Locke etc.; mas para pensar, como vimos, uma teoria da justiça. E essa é uma diferença crucial. Pois no centro da teoria do governo legítimo está o conceito de soberania, portanto de Estado nacional. Mas a soberania não é central na teoria de Rawls. Aliás, não é central em nenhum dos grandes novos liberais, porque todos vão se inspirar neste ponto de partida do pensamento rawlsiano. Por conseguinte, vão tratar de defender ou criticar os princípios de justiça que o filósofo norte-americano deriva de seu contrato (ARAÚJO, 2002, p. 80).

Rawls utiliza os conceitos de posição original e véu da ignorância para formular sua contribuição no âmbito das teorias do contrato. A posição original seria, *mutatis mutandis*, equivalente ao estado de natureza das teorias contratualistas clássicas. Nas palavras de Rawls:

Na justiça como equidade a posição original de igualdade corresponde ao estado de natureza na teoria tradicional do contrato social. Essa posição

⁶⁵ To this war of every against every man, this also is consequent; that nothing can be unjust. The notions of right and wrong, justice and injustice have there no place. Where there is no common power, there is no law: where no law, no injustice. Force, and fraud, are in war the two cardinal virtues.⁶⁵

original não é obviamente, concebida como uma situação histórica real, muito menos como uma condição primitiva de cultura. É entendida como uma situação puramente hipotética caracterizada de modo a conduzir a uma certa concepção de justiça (RAWLS, 2000b, p. 13).

Por sua vez, a ideia de véu da ignorância é um artifício metodológico que Rawls utiliza para destacar a necessidade de isenção que os indivíduos que estão na posição original precisam ter para decidir sobre os princípios fundamentais que regerão a sociedade. Com o véu da ignorância, os indivíduos não sabem sua posição no estado civil e, dessa forma, não escolherão princípios que favoreçam apenas seus eventuais interesses individuais.

Assim, a estrutura do contrato em Rawls é sensivelmente diferente do contratualismo clássico:

A ideia do consentimento voluntário continua, certamente, a ser um elemento importante. Porém, mais importante do que a sanção da vontade é o tema da fundamentação de sua moralidade. No novo contratualismo liberal as questões éticas ou morais são altamente complexas e problemáticas. Há uma profunda desconfiança do pressuposto de que as ideias morais podem ser intuídas diretamente. Daí que o contrato, o “artifício de representação”, tenha de ser deslocado do nível da constituição dos governos para o nível da elaboração das proposições morais (ARAÚJO, 2002, p. 84).

Como destaca Trivisonno,⁶⁶ o véu da ignorância é uma posição racional despida da capacidade de arriscar, o que revela a forte influência de Kant nas ideias de Rawls. Trata-se de hipótese que se estrutura sem a necessidade de fatores não racionais.

Para Rawls, a conjugação dessas duas ideias cria a oportunidade de estabelecimento dos dois princípios de justiça que podem ser resumidos como expressão dos postulados da liberdade e da igualdade. Essa formulação será analisada em detalhes no Capítulo seguinte. Por ora cumpre apenas ressaltar um outro aspecto essencial da teoria de Rawls, que é o crescimento da importância ou necessidade do direito na medida em que o pluralismo avança no seio da sociedade. Quanto mais plural for uma determinada sociedade, mais importante será o papel do direito enquanto meio de mediação de conflitos e de preservação das garantias mínimas de sobrevivência no âmbito do convívio social.

⁶⁶ Nota de aula. Curso Tópicos Avançados em Teoria da Justiça. Doutorado em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Puc Minas. Dia 11/03.

Uma característica essencial do não positivismo é, como visto, a defesa de uma conexão conceitual necessária entre direito e moral. Por causa disso, não é difícil encontrar, em teorias não positivistas, um conteúdo mínimo que o direito positivo deve ter. Na seção seguinte será investigada mais detidamente a relação entre o não positivismo e o conteúdo do direito, que, no mundo contemporâneo, revela-se de forma clara no conceito de direitos fundamentais enquanto direitos humanos positivados, tema que será abordado na Seção 6.2. A discussão desse ponto é de extrema importância para este trabalho, pois a tese do conteúdo mínimo, aqui defendida, pressupõe a existência dos direitos fundamentais, mas não necessariamente dos direitos humanos. Assim, para defender essa tese que, como visto, pretende ser uma tese desenvolvida no âmbito do positivismo jurídico, a posição contrária, o não positivismo, precisa ser analisada.

6.1 Direito, Moral e Justiça

Como visto no Capítulo 2, o não positivismo engloba tanto teorias anteriores como posteriores, do ponto de vista cronológico, ao positivismo jurídico. Assim, o não positivismo pode ser tanto jusnaturalista como não jusnaturalista.

Após a guerra, Radbruch⁶⁷ pretendeu formular uma resposta ao positivismo legalista que, em sua visão teria contribuído, decisivamente, para o surgimento do Nacional-Socialismo na Alemanha. Para isso formulou a ideia de que a segurança jurídica, considerada por ele próprio como um valor fundamental do direito, poderia ceder diante da justiça em casos extraordinários. Essa ideia, que foi denominada “fórmula de Radbruch”, foi formulada de forma clara na seguinte passagem:

O conflito entre a justiça e a segurança jurídica deve resolver-se com a primazia do direito sancionado pelo poder, ainda que seu conteúdo seja injusto e inconveniente, a não ser que a contradição da lei positiva com a justiça alcance uma medida tão insuportável, que deva considerar-se “como falso direito” e ceder à justiça. É impossível traçar uma linha mais nítida entre os casos de arbitrariedade legal e das leis válidas apesar de seu conteúdo incorreto; mas outro limite poderá distinguir-se com toda clareza: quando nunca se procurou a justiça, onde a igualdade, que integra o núcleo do direito,

⁶⁷ Há uma controvérsia sobre a posição de Radbruch antes da 2ª Grande Guerra. Isso porque alguns teóricos afirmam que sua posição já era não positivista mesmo antes da Guerra. O trabalho tratará apenas do Radbruch pós-guerra. E, nesse caso, parece haver consenso de sua postura não positivista. Para maiores detalhes da discussão ver: ALEXY, Robert. On the Concept and the Nature of Law, in: Ratio Juris 21 (2008), S. 281-299

ali a lei não é somente “direito incorreto”, mas também carece por completo da natureza do direito, pois não se pode definir o direito, inclusive o direito positivo, de outra maneira que como uma ordem e estatuto, que de acordo com seu sentido estão determinados a servir a justiça (RADBRUCH, 2009, p. 34–35, tradução nossa).⁶⁸

Vê-se, portanto, que a crítica de Radbruch ao positivismo jurídico não atinge diretamente o positivismo refletido. O problema de Radbruch é com a aplicação irrefletida e mecanicista do direito, que tem mais proximidade com o positivismo legalista do século XIX.

A concepção que defende a moral enquanto elemento de crítica ao conteúdo do direito, concepção essa que, como visto no Capítulo 2, é relativamente compatível com o positivismo refletido, já seria suficiente para justificar uma postura de não conformidade do operador do direito com o sistema montado na Alemanha Nazista.⁶⁹ A legitimação do Nacional-Socialismo não foi obra do positivismo, mas antes por uma concepção absolutista que se assemelha muito mais ao modelo de fundamentação absoluto do jusnaturalismo, como ressalta Kelsen:

Este ponto de vista leva a uma visão de mundo crítica ou positivista, que considera o positivo - isto é, o que é dado e perceptível - e a experiência mutável e constantemente em fluxo - como seu ponto de partida. Assim, rejeita a suposição de um absoluto que transcende a experiência. Esse conflito de visões de mundo é um conflito entre valores e especialmente entre atitudes políticas básicas. A visão de mundo metafísico-absolutista está ligada a uma disposição autocrática e a crítico-relativista a uma disposição democrática⁷⁰ (KELSEN, 2013, p. 103, tradução nossa).

⁶⁸ El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debió resolverse con la primacía del derecho positivo sancionado por el poder, aun cuando por su contenido sea injusto e inconveniente, a no ser que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable, que deba considerarse “como falso derecho” y ceder el paso a la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de arbitrariedad legal y de las leyes válidas a pesar de su contenido incorrecto; pero otro límite podrá distinguirse con toda claridad: cuando nunca se procuró la justicia, donde la igualdad, que integra el núcleo del derecho positivo, allí la ley no es solo “derecho incorrecto”, sino que carece por completo de la naturaleza del derecho, pues no se puede definir el derecho, inclusive el derecho positivo, de otra manera que como una orden y estatuto, que de acuerdo con su sentido están determinados a servir a la justicia.

⁶⁹ Para um estudo mais aprofundado sobre o nazismo as obras clássicas de Hannah Arendt são sempre uma ótima fonte de pesquisa, especificamente origens do totalitarismo e banalização do mal.

⁷⁰ This standpoint leads to a critical or positivist worldview, where the latter is understood as that philosophical and scientific school of thought, which takes the positive—i.e., that which is given and perceptible—and experience—changeable and constantly in flux—as its starting point. It thus rejects the assumption of an Absolute which transcends experience. This conflict of worldviews corresponds to a conflict between values and especially between basic political attitudes. The metaphysical-absolutistic worldview is linked to an autocratic, and the critical-relativistic to a democratic disposition

Como observa Hoerster, no Nazismo a moral assumiu o papel de fundamento de validade do direito. E nada é mais incompatível ao conceito de direito na tradição do positivismo refletido que um fundamento de validade de ordem material (HOERSTER, 2000, p. 15).

Além disso, não há, na tradição do positivismo refletido, um dever de obediência ao direito fora dos limites do jurídico, ou seja, não há um dever moral de obediência ao direito, como ocorre em algumas teorias não positivistas, como, por exemplo, a de Kant. Esse tema foi tratado no Capítulo anterior, com o objetivo de destacar uma vantagem da abordagem positivista como postura crítica frente ao direito positivo.

A ligação da tese do conteúdo mínimo com o não positivismo é clara. Como visto, o não positivismo é uma corrente do pensamento jurídico que afirma que conteúdos morais devem estar presentes necessariamente no direito (*Verbindungsthese*). Assim, a discussão sobre o conteúdo mínimo no âmbito das teorias não positivistas na verdade se torna a discussão sobre qual seria esse mínimo. Nesse ponto, uma série de gradações e possibilidades poderiam ser construídas. Na essência, as teorias não positivistas constroem efetivamente estruturas que desempenham funções semelhantes à tese do conteúdo mínimo defendida nesse trabalho.

Uma ligação de uma tese do conteúdo mínimo com a proposta positivista é, porém, menos clara. Isso porque, ao defenderem a tese da separação (*Verbindungsthese*), os positivistas visam estabelecer o conceito de direito sem recorrer obrigatoriamente a elementos morais. Ocorre que, na tese do conteúdo mínimo, o estabelecimento do mínimo de liberdade e igualdade se dá, essencialmente, não em virtude de uma demanda de justiça, mas como medida de garantia de estabilidade do sistema.

Para não positivistas jusnaturalistas, uma tese do conteúdo mínimo seria considerada insuficiente, na medida em que a ligação do direito com uma moral material implica necessariamente em uma adição mais radical de conteúdo do que a proposta defendida nesse trabalho.

Por outro lado, no não positivismo não jusnaturalista, como o de Alexy, há uma pressuposição da existência de uma moral comum que pode ser acessada ou construída de alguma forma. No caso da proposta de Alexy, essa pressuposição está atrelada à ideia de uma teoria do discurso. Por sua vez, o não positivismo de Dworkin

advoga a ideia de que é possível extrair uma moralidade subjacente ao sistema jurídico por meio de uma reconstrução da história institucional.

Assim, pode-se afirmar que, em linhas gerais, há um grande dissenso entre positivistas e não positivistas no tocante ao conceito de direito exatamente porque há um grande dissenso entre eles sobre o que é a moral e quais características ela possui. Desse modo, correntes que à primeira vista parecem antagônicas podem ter mais em comum do que sugerem as diferentes terminologias que adotam.

Alexy, que é um autor não positivista, pode ser citado como exemplo dessa proximidade. Em sua principal obra sobre *O Conceito de Direito* é nítida a influência exercida pelas ideias dos positivistas Kelsen e Hart.

Para uma visão do conceito de moral em Alexy é preciso recorrer à sua obra prima *Teoria da Argumentação Jurídica*, que se destaca por ser a primeira grande aproximação da teoria discursiva de Habermas do direito, muito antes da tão propagada virada jurídica do próprio Habermas. Na obra de Alexy, também é possível 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 será feita 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 válido 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 uma 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, a pretensão de correção nos discursos jurídicos se restringe à 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). Além disso, a argumentação no direito é limitada não só pela legislação, mas também pela dogmática, pelos precedentes 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. Os tipos de regras e formas de argumentos práticos gerais podem ser resumidos da seguinte forma:

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, universalizabilidade, 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 afirmações⁷¹ (ALEXY, 2010, p. 172, tradução nossa).

Segundo Alexy, diante de todas as regras do discurso e suas limitações, em especial no direito, e ainda diante da existência de proposições normativas discursivamente necessárias, como os direitos humanos, bem como de outras discursivamente impossíveis, poder-se-ia pensar que a margem de opção para a construção de proposições estaria fortemente restrita. Contudo Alexy entende que exatamente o contrário é o que ocorre, pois, o âmbito do discursivamente possível é extremamente amplo, na medida em que para a teoria do discurso não há uma única resposta fora do âmbito do discursivamente necessário ou impossível, sendo, portanto

⁷¹ 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.

possível que dois juízos totalmente contraditórios sejam ambos discursivamente defensáveis:

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 razões⁷² (ALEXY, 2010, p. 172, tradução nossa).

A fim de corroborar sua tese da pretensão de correção e de demonstrar a insuficiência das teorias jurídicas em geral (tantos as positivistas quanto as não positivistas) em entender e explicar corretamente o direito, Alexy 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:

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 ideal⁷³ (ALEXY, 2010, p. 177, tradução nossa).

Na seção seguinte será discutida a questão atinente aos direitos humanos e fundamentais, bem como sua ligação com o conceito de direito. Como será visto a adoção de uma noção de direitos humanos enquanto direito moral está intimamente ligada a tradição do não positivismo.

6.2. Relação entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais

⁷² 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.

⁷³ Tradução 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.

Antes de abordar diretamente os conceitos de direitos humanos e direitos fundamentais, bem como a relação entre eles, um esclarecimento inicial deve ser realizado. Este trabalho adota uma correlação entre, por um lado, direitos humanos e a tese da conexão e, por outro lado, direitos fundamentais e a tese da separação entre direito e moral. Isso significa que pode ser estabelecida uma relação entre a defesa da existência dos direitos humanos e o não positivismo, bem como entre a negação da existência de direitos humanos universalmente válidos, ou seja, a defesa da existência apenas de direitos fundamentais e o positivismo. Um conceito positivista de direitos fundamentais reconhece a possibilidade de eles serem estabelecidos pelo direito positivo, sem, porém, que isso signifique positividade de direitos previamente existentes. No positivismo, direitos fundamentais podem ser concebidos sem influência da moral, como fruto das decisões da comunidade jurídica local. Nesse sentido os direitos fundamentais podem estabelecer quaisquer direitos, e os parâmetros utilizados em sua positividade são unicamente internos.

Assim, a discussão a respeito da existência hipotética de um conteúdo mínimo no direito acarreta uma discussão a respeito dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. O não positivismo defende que, além e antes dos direitos fundamentais existem direitos humanos, que são direitos morais ou pré-positivos (ALEXY, 2014, p. 175). Do ponto de vista de uma concepção positivista, por sua vez, é reconhecida a existência apenas dos direitos fundamentais (ALEXY, 2014, p. 175).

Portanto, a discussão sobre a existência dos direitos humanos se transforma na pergunta sobre se o direito deve guardar relação com uma concepção universal de direitos, ou em outras palavras, deve ser influenciado pelo conceito de direitos humanos ou se o direito é influenciado apenas por uma concepção interna de direitos, ou seja, pelos direitos fundamentais? O tema é discutido por Alexy na seguinte passagem:

As consequências da questão da existência para a teoria dos direitos fundamentais dizem respeito à compreensão básica dos direitos fundamentais bem como a compreensão básica da jurisdição constitucional. Se os direitos humanos não existissem, os direitos fundamentais constituiriam nada mais do que aquilo que foi registrado ou escrito na constituição. Nesse caso, tudo poderia ter sido diferente, pois direitos fundamentais teriam um caráter exclusivamente positivista (ALEXY, 2014, p. 176).

Essa discussão relaciona-se com a existência, segundo Alexy, de duas correntes fundamentais no debate sobre o conceito de direito: positivismo e não positivismo, que, como visto, caracteriza-se, respectivamente, pela defesa da separação e da conexão necessária entre direito e moral.

Um conceito de direitos humanos com forte conotação universal e moral pode ser percebido em Höffe:

Vistas a partir do indivíduo titular de direitos, as condições universais (de coexistência da liberdade) não possuem somente o grau hierárquico de 'direitos de cidadania', próprios apenas da respectiva comunidade de cidadãos. São antes, direitos humanos: direitos que cada pessoa merece de modo inalienável, pela só condição de ser humano, e que nesse sentido não-biológico de moral jurídica são denominados inatos, naturais, inalienáveis e invioláveis (HÖFFE, 2003, p. 83).

Na visão de Alexy, os direitos humanos possuem cinco características essenciais: universalidade, fundamentalidade, abstração, caráter moral e prioridade.

Das características estabelecidas por Alexy, a universalidade e o caráter moral merecem atenção especial e afetam diretamente o conteúdo do conceito de direito. A universalidade implica na existência de uma validade universal de certos conteúdos que devem necessariamente estar presentes no direito.

Já o caráter moral implica a racionalidade dos direitos humanos, ou, mais precisamente, a fundamentabilidade racional, isto é, a característica de poderem ser fundamentados racionalmente. Isso é assim porque, para Alexy, a validade moral significa racionalidade ou, em suas palavras, "um direito vale moralmente se ele pode ser justificado em relação a todo aquele que admite participar de um discurso racional" (ALEXY, 2014, p. 179). Para Höffe, diferentemente de Alexy, o termo moral designa, como visto acima, algo com forte caráter material. Assim a moral seria um conceito fundado nas proposições do ambiente discursivo, não algo dado, pronto, mas sim um conceito construído e forjado coletivamente com as limitações impostas pela própria ideia do discurso.

Já no tocante aos direitos fundamentais, a ligação que Alexy faz com a dimensão ideal é que eles seriam a positivação dos direitos humanos, que são como visto, direitos morais. Essa transmutação seria a ligação entre a dimensão real e a ideal do direito. Assim, na medida em que os direitos humanos são discursivamente necessários, os direitos fundamentais também são:

Ora, os direitos humanos são fundamentáveis com base na teoria do discurso, pois a prática de afirmar, questionar e argumentar pressupõe a liberdade e a igualdade, e as ideias de liberdade e igualdade implicam, junto com outras premissas que podem ser bem estabelecidas, os direitos humanos. Os direitos humanos são, portanto, discursivamente necessários. Nada disso pode ser elaborado aqui. O único ponto de interesse nesse contexto é que os direitos humanos, como direitos morais, pertencem exclusivamente à dimensão ideal do direito. Sua transformação em direitos fundamentais, ou seja, em direito positivo, representa o esforço de conectar a dimensão ideal à real (ALEXY, 2014, p. 180).

A visão de Alexy sobre a democracia, que envolve necessariamente a positivação de direitos humanos, é interessante, mas existem outras posições que merecem ser consideradas, com a de Kelsen. Para vele, a democracia deve ser entendida em um contexto puramente formal, sem a existência de limites como quer Alexy. O próprio Kelsen ligou o relativismo a uma postura política democrática. Como bem expressa Losano:

Kelsen, herdeiro das ideias iluministas, filtradas através do neokantismo, era adepto do relativismo filosófico, que no plano político, se traduzia no regime que não admite valores absolutos, ou seja, na democracia parlamentar, na qual se alternam valores diversos, representados pela maioria e pela minoria (LOSANO, 2014, p. 300).

Vê-se que a postura relativista pode acarretar pontos fortemente positivos no campo político e, no caso de Kelsen, segundo Losano, tem-se que seu tom “é o de um democrata que reconhece os defeitos do sistema parlamentar e que, conseqüentemente, indica suas possíveis melhorias” (LOSANO, 2014, p. 304).

A visão de Alexy sobre os direitos humanos e fundamentais constitui um dos argumentos para a refutação do relativismo. Para o jurista alemão, dois argumentos serviriam de base para se criticar, se não totalmente, pelo menos parcialmente a tese do relativismo ético: o primeiro seria um amplo consenso global sobre os direitos humanos e o segundo a justificação e a refutação racional de determinadas ideias e práticas (ALEXY, 2009). Alexy ressalta que caso a justificação racional dos direitos humanos não for aceita,

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).

Hoerster enfatiza o caráter formal do direito. Para ele, “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 concreta⁷⁴ (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 essas características, sem qualquer impedimento de ordem 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).

No tocante às duas características dos direitos humanos enfatizadas acima, a universalidade e moralidade, ambas apontadas por Alexy, é preciso ressaltar que levam a um conceito de direitos humanos que contempla a totalidade dos povos. Há uma defesa explícita dessa universalização em Höffe, que vai além, ao defender a construção de uma república mundial. Nas palavras de Höffe, “por isso os argumentos de justiça em favor de um Estado individual valem também para a relação entre Estados. É necessário, pois, um ordenamento jurídico mundial, quer dizer, de uma república mundial” (HÖFFE, 2003, p. 116). Ainda para Höffe uma república em termos globais teria maiores condições de assegurar os princípios fundamentais da justiça política:

A ideia ainda pouco familiar de uma ordem universal, inter- e supra-estatal, que assegure, o direito e a paz, justifica-se a partir dos princípios da justiça política, conhecidos já dos Estados individuais, cuja justiça assenta no governo de regras, quer dizer no direito (HÖFFE, 2003, p. 115)

⁷⁴Tradução 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.

Para Merle, existem duas grandes teorias sobre a existência dos direitos humanos, a teoria contratualista e a teoria do domínio do ato. A primeira pode ser entendida em linhas gerais como uma concepção de direitos humanos baseada em um acordo potencial de vontades entre os cidadãos. Já a segunda tem por base o fato de os direitos humanos serem reivindicações feitas pelo afetado, por dano causado pelo Estado ou por ele conscientemente permitido (MERLE, 2012, p. 119).

Merle acentua que esses “modelos têm uma semelhança: em ambos se encontram os requisitos para a validade dos direitos fundamentais, que pressupõem que já existe uma relação entre o possuidor de um direito humano e o destinatário da respectiva obrigação” (MERLE, 2012, p. 120). É exatamente esse ponto de convergência que será criticado. Para Merle, os dois modelos são insuficientes para uma compreensão adequada dos direitos humanos, podendo deixar determinados cidadãos sem a proteção necessária:

A partir da moral Kantiana surge, segundo Tugendhat, o conceito de Direito Kantiano como limitação mútua da liberdade a partir de uma lei universal e os direitos morais correspondentes. Nesse contexto, os direitos humanos resultam do status moral de todos os seres humanos enquanto seres humanos, independentemente de elementos de um contrato social ou do domínio do ato sobre lesões anteriores (MERLE, 2012, p. 126/127).

Outro ponto acentuado por Merle é que o caráter emancipatório dos direitos humanos fica limitado pelos dois modelos, tendo em vista que “os direitos humanos não devem restaurar o status quo ante e o direito, mais que isso, fornece novos direitos a todas as pessoas, que pertencem à natureza humana e não dependem de qualquer relação” (MERLE, 2012, p. 130).

A questão terminológica é interessante e pode lançar luz sobre a diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais. Na língua portuguesa, de modo geral não ocorre diferenciação em relação ao termo utilizado para se referir ao direito positivado e aos direitos não positivados. Assim não é possível diferenciar, com esse critério linguístico, os âmbitos de abrangência e proteção de direitos humanos e direitos fundamentais.

Na língua alemã diferencia-se *Menschenrechte* de *Grundrechte*, ou seja, direitos humanos de direitos fundamentais, sendo aqueles direitos pré-positivos e

estes direitos previstos na constituição alemã, a Lei Fundamental (*Grundgesetz*).

Assim na comparação entre os mais diferentes idiomas parece ficar mais clara a diferença entre um direito concreto e algo esperado, projetado, como é o caso dos direitos humanos. Com isso pode-se relacionar, na língua inglesa, os conceitos de direito objetivo e direito subjetivo com direitos fundamentais e direitos humanos, respectivamente:

A segunda grande dicotomia de que devemos tratar é entre direito objetivo e subjetivo. A distinção parece exigida pela ambiguidade da palavra direito, o que já foi discutido anteriormente. A dicotomia pretende realçar que o direito é um fenômeno objetivo, que não pertence a ninguém socialmente, que é um dado cultural, composto de normas, instituições, mas que, de outro lado, é também um fenômeno subjetivo, visto que faz, dos sujeitos, titulares de poderes, obrigações, faculdades, estabelecendo entre eles relações. Assim, quando falamos no direito das sucessões, significamos algo objetivo, quando mencionamos o direito à sucessão de um herdeiro, mencionamos algo que lhe pertence. Para clarificar, lembramos que o inglês tem duas palavras diferentes para enunciar os dois termos: *law* (direito objetivo) e *right* (direito subjetivo) (FERRAZ JÚNIOR, 2018, p. 112).

A diferença comumente atribuída entre direitos humanos e direitos fundamentais é que os primeiros têm validade moral, e por isso, universal, enquanto os segundos possuem validade jurídico-positiva, e por isso local. Höffe aborda da seguinte forma a referida distinção:

No interior da moral devida, da justiça, eles são ‘apenas direitos humanos’: pretensões suprapositivas, que, no entanto, uma vez reconhecidas como direitos positivos, se tornam ‘direitos humanos enquanto direitos fundamentais’ de uma coletividade fundada no direito positivo (HÖFFE, 2003, p. 83/84).

Alexy destaca essa questão da seguinte forma: “direitos fundamentais são direitos que foram gravados em uma constituição com a intenção de transformar direitos humanos em direito positivo – em outras palavras, com a intenção de positivizar os direitos humanos” (ALEXY, 2014, p. 98).

Rawls também destaca que há uma diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais, nos seguintes termos:

Os direitos humanos são distintos dos direitos fundamentais, ou dos direitos da cidadania democrática liberal, ou de outros direitos que pertencem a certos tipos de instituições políticas, tanto os direitos individuais quanto os direitos

humanos estabelecem um padrão necessário, embora não suficiente, para a decência da política doméstica. e das instituições sociais. Ao fazê-lo, eles limitam o direito interno admissível das sociedades estáveis em uma Sociedade dos Povos razoavelmente justa⁷⁵ (RAWLS, 1999, p. 79/80, tradução nossa).

Desse modo, para Rawls os direitos humanos teriam basicamente três funções: sua satisfação é necessária para sociedades decentes e suas respectivas ordens legais; seu cumprimento tem o condão de reduzir as hipóteses de intervenção em outros povos; eles estabelecem uma limitação para o pluralismo entre os povos. Dessa forma, eles se seriam salvaguardas ao anteparo social, representando um patamar mínimo de organização estruturada da ideia de justiça como equidade (RAWLS, 1999, p. 80).

Segundo Rawls os direitos humanos abrangem a vedação à escravidão ou servidão, a liberdade de consciência, a segurança para minorias, dentre outros. Essa proposta de Rawls parece estabelecer direitos mínimos que podem ser objeto de ampla concordância:

Entre os direitos humanos estão o direito à vida (aos meios de subsistência e segurança); para a liberdade (para libertar-se da escravidão, da servidão e da ocupação forçada, e para uma medida suficiente de liberdade de consciência para assegurar a liberdade de religião e pensamento); a propriedade (propriedade pessoal); e à igualdade formal expressa pelas regras da justiça natural (isto é, que casos similares sejam tratados de forma semelhante). Os direitos humanos, assim entendidos, não podem ser rejeitados como peculiarmente liberais ou próprios à tradição ocidental. Eles não são politicamente locais⁷⁶ (RAWLS, 1999, p. 65, tradução nossa).

Desse modo, os direitos humanos são, para Rawls, um certo tipo especial de direitos com validade universal, não pertencentes apenas à tradição ocidental, mas uma conquista e uma necessidade de todas as nações.

O conceito de direitos humanos em Rawls, por se tratar de um tema discutido no âmbito de sua obra *Direito dos Povos*, precisam ser ao mesmo tempo bastante

⁷⁵ Tradução livre do seguinte trecho: Human rights are distinct from constitutional rights, or from the rights of liberal democratic citizenship, or from other rights that belong to certain kinds of political institutions, both individualist and Human rights set a necessary, though not sufficient, standard for the decency of domestic political and social institutions. In doing so they limit admissible domestic law of societies in good standing in a reasonably just Society of Peoples.

⁷⁶ Tradução livre do seguinte trecho: Among the human rights are the right to life (to the means of subsistence and security); to liberty (to freedom from slavery, serfdom, and forced occupation, and to a sufficient measure of liberty of conscience to ensure freedom of religion and thought); to property (personal property); and to formal equality as expressed by the rules of natural justice (that is, that similar cases be treated similarly). Human rights, as thus understood, cannot be rejected as peculiarly liberal or special to the Western tradition. They are not politically parochial.

ampos, ou seja, pouco detalhados. Isso porque a ideia geral de um direito dos povos está ligada à construção de um sistema que seja compatível com diferentes modalidades de organização da sociedade nos mais diferentes povos. Na sociedade dos povos, devem conviver democracias liberais e povos não liberais decentes:

Usarei o termo "Sociedade dos Povos" para mencionar todos aqueles povos que seguem os ideais e princípios da Lei dos Povos em suas relações mútuas. Esses povos têm seus próprios governos internos, que podem ser governos constitucionais liberais democráticos ou não-liberais, mas decentes⁷⁷ (RAWLS, 1999, p. 3, tradução nossa).

Para Brown, Rawls define os povos decentes da seguinte forma:

Uma "sociedade decente" é definida por Rawls como aquela na qual os direitos humanos são respeitados, o governo é baseado em um sistema de representação ou consulta, e as relações internacionais são conduzidas pacificamente e de acordo com a lei dos povos. É possível imaginar uma sociedade "hierárquica" decente e bem ordenada, baseada em uma doutrina abrangente, mas que ainda proteja os direitos humanos básicos, seja governada por meio de consultas e seja ainda pacífica (BROWN, 2006, p. 128/129, tradução nossa).⁷⁸

Em contraposição às democracias liberais e povos decentes Rawls cita os Estados fora-da-lei, que podem ser entendidos como aqueles estados que não observam princípios democráticos e liberais e negam alguns direitos humanos, bem como aqueles que violam sistematicamente direitos fundamentais (MERLE, 2007, p. 184).

Além disso, os povos fora-da-lei representam um risco à sociedade dos povos, em virtude de seu caráter potencialmente agressivo para com os povos liberais e com os povos decentes:

Os estados fora da lei, como o nome sugere, não respeitam os direitos humanos e são potencialmente agressivos. Eles não estão dispostos a cumprir a lei dos povos, a menos que eles acreditem racional (ou seja, diretamente em seus próprios interesses) para fazê-lo; a distinção entre racionalidade e razoabilidade é importante para Rawls - racionalidade refere-

⁷⁷ Tradução livre do seguinte trecho: I shall use the term "Society of Peoples" to mean all those peoples who follow the ideals and principles of the Law of Peoples in their mutual relations. These peoples have their own internal governments, which may be constitutional liberal democratic or nonliberal but decent governments.

⁷⁸ Tradução livre do seguinte trecho A "decent society" is defined by Rawls as one in which human rights are respected, government is based on a system of representation or consultation, and international relations are conducted peacefully and in accordance with the law of peoples. It is possible to imagine a decent, well-ordered "hierarchical" society that is based on a comprehensive doctrine but still protects basic human rights, is governed via consultation, and is peaceful.

se a cálculos de meios de fins de interesse próprio do tipo que um (neo) realista pode fazer, enquanto a razoabilidade introduz questões de reciprocidade e obrigações para com os outros⁷⁹ (BROWN, 2006, p. 129, tradução nossa).

Como visto, para Rawls os direitos à vida e à liberdade (na vertente que trata basicamente da liberdade de locomoção) devem possuir um nível de proteção considerável em nível global. Assim, a escravidão e a servidão devem ser universalmente proibidas (RAWLS, 1999, p. 66).

Essa postura possui vantagens e problemas. Uma ideia de direitos humanos abrangentes é interessante porque é inclusiva, possibilitando que diferentes visões de mundo e formas de organização estatal sejam por ela consideradas e levadas em conta no momento de definição dos conteúdos essenciais. O problema é que, ao criar critérios muito gerais, corre-se o risco de legitimar uma proteção demasiadamente fraca a determinados direitos que poderiam ser decididamente violados sob o pretexto da diversidade cultural.

Esse risco parece real quando se constata o fato do pluralismo. Diferentes visões de mundo ou diferentes concepções morais abrangentes e formas de organização social implicam prioridades diversas no tocante aos direitos considerados mais importantes a merecerem proteção estatal. E se se pretende que determinados direitos tenham validade universal, deve haver certo consenso entre as diversas formas de organização do sistema jurídico. Isso porque essas diferentes formas acabam por visualizar de diferentes modos o conteúdo dos direitos considerados básicos, o que afeta essa ideia de validade universal.

Parece-nos que a concepção rawlsiana de direitos humanos no plano internacional possui algumas semelhanças com o direito natural mínimo de Hart. Isso porque a necessidade de abrangência universal, típica dos direitos humanos no plano internacional, faz com que seus conteúdos se limitem a um mínimo que pode ser aceito por todas as nações. Assim, eles acabam sendo um mínimo de direitos humanos. E esse mínimo, em sua manifestação empírica, já está presente não só em Hart, mas também em Kelsen, como discutido no Capítulo 5. Quanto mais abrangente

⁷⁹ Tradução Livre do seguinte trecho: Outlaw states, as the name suggests, do not respect human rights and are potential y aggressive. They are unwilling to comply with the law of peoples unless they believe it rational (that is, directly in their self-interest) to do so; the distinction between rationality and reasonableness is important to Rawls—rationality refers to ends-means calculations of self-interest of the sort a (neo)realist might make, while reasonableness introduces issues of reciprocity and obligations to others.

for uma norma, mais indeterminado deve ser seu conteúdo e, assim, menos forte deverá ser a proteção que ela confere.

Isso faz com que a proposta de um mínimo empírico básico sem um conteúdo material determinado seja interessante. E esse mínimo já está presente no positivismo refletido.

Se for reconhecido que o conceito de direito, além da tese da neutralidade, possui como elemento a tese do conteúdo mínimo, torna-se desnecessária a diferenciação que Rawls e Alexy buscam construir entre direitos humanos e fundamentais.

A maioria das ordens jurídicas estatais, apesar de suas mais diferentes formas de estado, governo etc., contem disciplina reguladora dos conteúdos que Rawls considera manifestações dos direitos humanos. A escravidão, por exemplo, não é coibida em praticamente todos os ordenamentos conhecidos.

Em síntese pode-se concluir que se os direitos humanos são considerados direitos morais torna-se muito difícil conciliá-los com o positivismo jurídico, pois, como visto, os positivistas defendem, de modo geral, a tese da separação e consequentemente a tese da neutralidade, já exposta no capítulo 4. Somente a concepção não positivista de direito pode defender os direitos humanos concebidos como direitos morais.

Embora um positivista possa concordar com a influência contingente dos direitos humanos na ideia e no conceito do direito, ele não pode concordar com a tese, defendida por Alexy, de que direitos humanos exigem necessariamente a defesa de um direito não positivista.

Isso não significa que os teóricos positivistas neguem completamente a necessidade de proteção a determinados conteúdos considerados extremamente importantes. Os direitos fundamentais são, no positivismo jurídico, essa forma de proteção.

Outro aspecto que merece ser destacado é o fato de os principais direitos humanos já estarem previstos nos documentos internacionais, como na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948, o que torna questionável se falar em direitos humanos com caráter inovador. Assim, novos direitos humanos como o direito à água e o direito à paz, dentre outros, podem estar contemplados nos direitos já consagrados anteriormente, sendo, na verdade, manifestações e derivações deles.

Dessa forma, moral teria sido importante no surgimento dos direitos humanos, mas não necessariamente faz parte de seu conceito.

Em países nos quais os direitos fundamentais formam catálogos estruturados, como Alemanha e Brasil, os direitos humanos possuem um papel muito mais histórico que prático. Isso porque a resolução de conflitos sobre os direitos mais básicos é resolvida de forma altamente satisfatória recorrendo-se a esses catálogos de direitos fundamentais presentes na constituição e implementados pela legislação infraconstitucional. Esse papel histórico é importante na medida em que, diante de mudanças nos ordenamentos estatais que conduzam a um menor grau de proteção a determinados direitos, existe sempre a possibilidade do recurso aos direitos humanos.

Em países nos quais essa proteção via catálogo de direitos fundamentais não existe e nem existiu em determinado momento histórico poder-se-ia recorrer aos documentos internacionais que garantem direitos humanos, que têm a dignidade da pessoa humana como valor central:

Esse direito foi encontrado na dignidade da pessoa humana, entendida como a qualidade interna, essencialmente imutável e necessária do homem, ou seja, da grande dignidade humana. A Carta das Nações Unidas de 26 de julho de 1945 foi um marco. Como na Constituição irlandesa, a dignidade humana também foi consagrada no preâmbulo. No entanto, isso aconteceu desta vez sem referência cristã ou de outra referência religiosa, apenas com referência à pessoa humana⁸⁰ (von der PFORDTEN, 2016, p. 43, tradução nossa).

Além disso, seria ainda possível recorrer à tese do conteúdo mínimo como forma de basear a implementação de um catálogo básico de direitos fundamentais. Quanto mais plural for uma determinada sociedade mais poderá ser percebida a correção da tese do conteúdo mínimo.

A ligação dos direitos humanos com a moral já não é hoje tão forte como fora outrora. E talvez com isso possa-se afirmar que é possível uma proteção adequada aos direitos básicos, respeitando-se as realidades locais de cada comunidade jurídica, sem um auxílio necessário da moral, como quer Alexy.

⁸⁰ Man fand dieses Recht in der *Würde der menschlichen Person*, verstanden als der inneren, im Kern unveränderlichen und notwendigen Eigenschaft des Menschen, also der grossen Menschenwürde. Die *Charta der Vereinten Nationen* vom 26. Juli 1945 war dafür ein Meilenstein. Wie in der irischen Verfassung wurde die Menschenwürde auch dort in der Präambel verankert. Dies geschah aber nunmehr ohne expliziten christlichen oder sonstigen religiösen Bezug, nur mit Verweis auf die menschliche Person

7 CARACTERÍSTICAS E FUNDAMENTAÇÃO DA TESE DO CONTEÚDO MÍNIMO

Nos capítulos anteriores foi visto, por um lado, que no não positivismo há uma conexão clara entre direito e moral, de modo que o conteúdo do primeiro precisa estar de acordo com a segunda e que, por outro lado, no positivismo jurídico, embora não se defenda a conexão entre direito e moral, há uma vinculação de conteúdo em bases empíricas. Como adiantado, a tese do conteúdo mínimo, aqui defendida, supõe que o direito deve proteger bens fundamentais, como a liberdade e a igualdade, sem que isso implique a defesa da tese da conexão. Como também ressaltado, supõe-se que essa tese é compatível com o positivismo jurídico refletido, exatamente porque Kelsen e Hart admitem que o direito precisa possuir algumas características para se constituir como uma ordem normativa válida. Além disso, como visto no capítulo anterior, os direitos positivados nas mais diversas ordens jurídicas como direitos fundamentais exercem papel de direitos básicos e iniciais. A partir das investigações realizadas até aqui, deve-se, agora, apresentar as características e o fundamento da tese do conteúdo mínimo.

A tese do conteúdo mínimo, defendida neste trabalho, segue a linha de uma vinculação empírica essencial, na linha do positivismo jurídico. A tese do conteúdo mínimo significa, naturalmente, que o direito deve possuir determinado conteúdo e que, além disso, esse conteúdo é mínimo. Cabe, portanto, agora, explicar mais detalhadamente em que consiste esse conteúdo e o que fundamenta a tese de que o direito deve possuí-lo. Antes disso, uma observação se faz, porém necessária. Na tese do conteúdo mínimo, o termo mínimo deve ser entendido em duas dimensões. A primeira significa que a tese é do conteúdo mínimo porque somente alguns poucos bens sociais fazem parte dela. Esses bens são, como já adiantado, a liberdade e igualdade. A segunda dimensão significa que o conteúdo desses bens básicos (liberdade e igualdade) que deve estar protegido pela ordem jurídica é extremamente reduzido. Assim, o direito precisa protegê-los apenas em uma medida mínima, que é necessária para a vida em sociedade.

Mas por que constituem a liberdade e a igualdade os bens essenciais que fazem parte da tese do conteúdo mínimo? Para responder a essa pergunta será investigado seu papel em face dos demais direitos, e também, do próprio sistema jurídico. Isso será feito com base nas teorias de Kant e, especialmente, de Rawls, na

medida em que ambos formularam concepções nas quais a liberdade e a igualdade constituem os pressupostos do sistema normativos de uma comunidade política.

7.1 A necessidade e a suficiência da tese do conteúdo mínimo no âmbito de sociedades plurais

A tese do conteúdo mínimo é relevante sobretudo no contexto de sociedades plurais, ou seja, no contexto de sociedades em que uma moral positiva comum não pode mais exercer a função de manutenção da coesão social. Assim, antes de se passar a uma análise da liberdade e da igualdade como elementos essenciais da tese do conteúdo mínimo, é preciso discutir, ainda que de maneira sucinta, de que modo este trabalho entende o pluralismo.

Existem várias abordagens possíveis sobre o tema do pluralismo. Começar-se-á, aqui, com uma abordagem da posição do novo constitucionalismo latino-americano sobre o tema. Isso por dois motivos: em primeiro lugar porque, nessa corrente, a ideia de pluralismo é muito importante e, em segundo lugar, porque se trata de concepção original desenvolvida na América-Latina, que merece registro, portanto por pertencer à cultura na qual este trabalho se insere.

O lastro do novo constitucionalismo latino-americano é o estado plurinacional, que surge com as constituições do Equador e da Bolívia, em 2008 e 2009, respectivamente. A ideia do novo constitucionalismo latino-americano é de que, com essas constituições e conseqüentemente com os estados por elas constituídos, há uma ruptura com a teoria do estado e do direito constitucional moderna (QUADROS DE MAGALHÃES, 2011).

Na visão do novo constitucionalismo latino-americano não há, portanto, um estado pós-moderno, pois os estados contemporâneos possuem de modo geral, as características essenciais do estado moderno (QUADROS DE MAGALHÃES, 2011).

Esse estado moderno é um modelo que acaba por levar à uniformização de comportamentos, bem como a uma homogeneização da sociedade, por não privilegiar, em suas estruturas normativas e políticas, a diferença. Com isso o estado moderno-contemporâneo nega, para o novo constitucionalismo latino-americano, a diversidade. De acordo com essa visão, o terreno fértil para uma real diversidade seria o Estado plurinacional:

A ideia de Estado Plurinacional pode superar as bases uniformizadoras e intolerantes do Estado nacional, onde todos os grupos sociais devem se conformar aos valores determinados na constituição nacional em termos de direito de família, direito de propriedade e sistema econômico entre outros aspectos importantes da vida social. Como vimos anteriormente o Estado nacional nasce a partir da uniformização de valores com a intolerância religiosa (QUADROS DE MAGALHÃES, 2011).

Segundo Magalhães, embora a luta pelo reconhecimento das populações tradicionais seja antiga, tendo pelo menos 500 anos, a incorporação da diversidade é recente, tendo começado a partir da década de 1970. O Direito à diferença, entendido como a possibilidade reconhecida pelo ordenamento jurídico de aceitação daquilo que está fora de um padrão tradicional passa, com o estado plurinacional, a ser reconhecido. Segundo Magalhães:

A grande revolução do Estado Plurinacional é o fato que este Estado constitucional, democrático participativo e dialógico pode finalmente romper com as bases teóricas e sociais do Estado nacional constitucional e democrático representativo (pouco democrático e nada representativo dos grupos não uniformizados), uniformizador de valores e logo radicalmente excludente (QUADROS DE MAGALHÃES, 2011).

Não há mais o padrão normalizador. Não há hegemonia ou hierarquia, diversidade de grupos étnicos e linguísticos. Não há imposição de padrão governamental. Há um espaço dialógico livre (QUADROS DE MAGALHÃES, 2013).

Dois conceitos fundamentais nesse modelo são o direito a diferença e o direito a diversidade. O primeiro pode ser definido da seguinte forma:

A luta pelo direito à diferença pode ser entendida como uma infiltração no projeto moderno de uniformização e subalternização do outro (diferente) na medida em que, os movimentos sociais diversos, que lutam por "reconhecimento", forçam sua entrada no sistema, criando tensões e contradições que podem levar ao comprometimento, transformação e até ruptura do sistema moderno (QUADROS DE MAGALHÃES, 2016, p. 15).

Na medida em que “o direito à diferença enquanto direito individual é uma infiltração na modernidade, o direito à diferença como direito coletivo traz um potencial ainda maior de comprometimento da uniformização moderna” (QUADROS, 2013, p. 17).

Por outro lado, o direito à diversidade representa uma ruptura com a ideia homogeneizadora do estado moderno:

O direito à diversidade segue outra lógica. Em primeiro lugar não há permissões nem reconhecimentos. Não há inclusão por que não pode haver exclusão. A lógica pode ser resumida nas seguintes frases: "existo e me apresento na minha existência". "Não dependo do seu olhar ou de seu registro para que eu exista". Reconhecimento significa conhecer de novo, significa enquadrar no já conhecido. Trata-se de uma forma de enquadrar o novo nos padrões existentes ou de simplesmente não conhecer o novo, ou ainda não possibilitar a existência do novo, como tal, de forma autônoma. Reconhecer significa ainda manter a lógica binária incluído/excluído. Se sua existência depende do reconhecimento, ao reconhecê-lo afirmo a possibilidade, também, de não reconhecê-lo (QUADROS DE MAGALHÃES, 2016, p. 17-18).

Assim, percebe-se que, subjacente a essa ideia do novo constitucionalismo latino-americano, há o pluralismo epistemológico que se abre a outras formas de pensar e compreender o mundo são que foram encobertas ou mesmo destruídas pela invasão europeia (QUADROS DE MAGALHÃES, 2013).

No novo constitucionalismo latino-americano, o pluralismo se contrapõe ao universalismo, ressignificando a afirmação de valores europeus, que passam a ser entendidos como uma postura arrogante, prepotente e hegemônica.

Assim, o novo constitucionalismo latino-americano passa a contrapor à existência de sistemas mono jurídicos, por exemplo o direito de família e o direito de propriedade, sistemas pluri jurídicos, provenientes do estado Plurinacional. Pode-se citar como exemplo desse fenômeno a Bolívia, onde há trinta e cinco tipos diferentes de sistemas jurídicos, o que implicaria um espaço comum de construção de direitos fundamentais. Assim, na visão do novo-constitucionalismo latino-americano, o universalismo possível passa a ser um universalismo universal, um universalismo não europeu (QUADROS DE MAGALHÃES, 2013).

Essa abordagem do novo constitucionalismo latino-americano possibilita uma reflexão interessante sobre o conceito de pluralismo adequado à tese do conteúdo mínimo, aqui defendida. Parece que o conceito de pluralismo adotado por essa corrente se enquadra no contexto de determinados estados, que possuem determinadas características culturais, sendo, portanto, no âmbito dessas realidades culturais, um conceito adequado. Porém, para os fins da tese do conteúdo mínimo, torna-se necessário um conceito mais amplo de pluralismo. Esse conceito, embora implícito ao longo deste trabalho, passa a ser delineado de forma expressa agora.

Neste trabalho, entende-se por pluralismo a coexistência, em um mesmo espaço e tempo, de diferentes concepções culturais, sociais, religiosas e morais.

Essa visão é bem descrita na seguinte passagem de Ferrater Mora:

O pluralismo defende, ao contrário do monismo, que o mundo é composto de realidades independentes e mutuamente irreduzíveis. A questão do pluralismo aparece depois de resolvida a questão prévia da natureza do universo; com efeito, reduzir o universo a uma realidade fundamental, trata-se de saber se está é uma ou múltipla, simples ou composta. A resposta que afirma a multiplicidade é um pluralismo (MORA, 1978, p. 221).

Na mesma linha segue Höffe, que conceitua o pluralismo da seguinte forma:

A maioria das sociedades do presente caracteriza-se por uma justaposição e uma contraposição, por um pluralismo multifacetado, não apenas em termos políticos, mas também em termos sociais, religiosos e culturais, e não em último lugar em um pluralismo de concepções axiológicas orientadoras (HÖFFE, 2003, p. 111).

No âmbito de sociedades plurais, Höffe destaca o papel da tolerância, que em “seu estágio fundamental” é “uma tolerância mais passiva”, que “consiste na aceitação e acatamento das peculiaridades alheias” (HÖFFE, 2003, p. 111). Essa ideia está baseada em uma condição de convívio que pode ser considerado civilizado, no qual “as pessoas se distinguem nas suas necessidades, interesses e talentos e como de resto ninguém está imune a enganos, preconceitos e erro” (HÖFFE, 2003, p. 111-112).

Além dessa concepção passiva mencionada acima, Höffe articula duas outras formas de tolerância: a ativa e a cívica. A tolerância ativa pode ser entendida como aquela proveniente da liberdade e da dignidade, de modo que há um “reconhecimento do outro como sendo de igual valor” (HÖFFE, 2003, p. 112). A tolerância cívica, por sua vez, está ligada à possibilidade de superação das convicções pessoais em função da criação de um objetivo comum. Para Höffe, há uma espécie de hierarquia entre essas formas de tolerância: a passiva é considerada o estágio mais básico da tolerância e a tolerância cívica o seu mais avançado e desejado nível.

A concepção de tolerância adotada neste trabalho, não implica, como já ressaltado, a negação da concepção do novo constitucionalismo latino-americano. Em síntese, a posição aqui adotada parece ser mais ampla e, por isso, preferível para a defesa de uma tese do conteúdo mínimo que se pretende universal. A concepção de pluralismo aqui adotada é gênero, do qual a concepção de pluralismo defendida pelo novo constitucionalismo latino-americano é espécie.

Feitas essas considerações sobre o pluralismo pode-se passar, agora, à discussão das características centrais da tese do conteúdo mínimo, bem como de suas bases.

7.2 Características e fundamentação da Tese do Conteúdo Mínimo

A tese do conteúdo mínimo não pressupõe a adição contínua e sequencial de um conjunto de direitos fundamentais ao direito, nem o incremento dos direitos fundamentais eventualmente já existentes, mas antes a proteção mínima da liberdade e da igualdade, que são bens básicos da vida em sociedade e que, ao entrarem no sistema jurídico, tornam-se direitos fundamentais de entrada, ferramentas para o exercício e construção dos demais direitos.

As particularidades de determinada comunidade jurídica desempenham um papel central nessa questão. Isso significa que, uma vez protegidas a liberdade e a igualdade em medidas mínimas, podem ser feitas escolhas posteriores em vários sentidos, dependendo das circunstâncias históricas dadas dessa comunidade. Dessa forma, uma diminuição no nível de proteção de direitos, inclusive de direitos fundamentais, pode ocorrer, inclusive no âmbito da liberdade e da igualdade. O mundo pós 11 de setembro é um bom exemplo dessa possibilidade.

A tese não constitui um antídoto contra arbitrariedades cometidas através da captura do sistema jurídico. Mas isso não constitui uma desvantagem sua, pois entende-se que mesmo teorias jurídicas não-positivistas não possuem esse poder. Assim, se, por um lado, a ascensão do regime Nacional-Socialista na Alemanha não poderia ter sido evitada pela defesa de uma versão do soft positivismo compatível com a tese do conteúdo mínimo, por outro lado ela não poderia ter sido evitada por qualquer outra teoria jurídica que lhe buscasse retirar legitimidade. Uma tese jurídico-científica não é capaz de conter a força bruta. Parece-nos ingenuidade pensar que uma teoria poderia parar um *Panzer* (tanque do exército alemão) ou impedir os bombardeiros da *Luftwaffe* (força aérea alemã na Segunda Guerra).

Contra um estado totalitário como o nacional-socialista medidas não jurídicas como a desobediência civil ou até mesmo a resistência com o uso de força parecem mais eficazes. No caso do Nacional-Socialismo tais medidas não obtiveram êxito, mas

foram tentadas.⁸¹ A atribuição às teorias jurídicas do poder de frear o arbítrio parece sobrestimar suas capacidades.

A tese do conteúdo mínimo constitui antes uma necessidade de sociedades plurais. A tese do conteúdo mínimo assume a correção da tese positivista de que o pluralismo implica a tese do relativismo. Contudo, a tese da neutralidade precisa da adição da tese do conteúdo mínimo para que a regulação do direito em uma sociedade na qual impere o pluralismo possa ocorrer de forma estruturada e organizada.

A novidade da tese do conteúdo mínimo é sua estreita ligação com o pluralismo. Pode-se afirmar basicamente que o pluralismo das sociedades contemporâneas impõe um sistema jurídico que seja orientado nas bases da tese do conteúdo mínimo. Com isso, a proteção mínima da liberdade e da igualdade acaba por se tornar uma necessidade não de um conceito moral de direito, mas sim de qualquer conceito de direito. Disso resulta sua compatibilidade com o positivismo jurídico. Essa compatibilidade torna visível um problema de Alexy: na medida em que não aborda a possibilidade de vinculação de um conteúdo mínimo fora da moral, ela não consegue tratar a questão do conceito de direito em todos os seus níveis de complexidade. A ideia de que o direito deve proteger em medida mínima determinado conteúdo, ou seja, um certo mínimo material, não implica necessariamente a adoção do não positivismo, pois essa proteção pode decorrer, como no caso da tese do conteúdo mínimo, não de uma conexão com a moral, mas de uma tese empírica.

No caso da tese do conteúdo mínimo esse conteúdo tem que ser protegido pelo direito em função do fato do pluralismo. A regulação de sociedades que não compartilham ideias de vida boa e que possuem concepções de vida diferentes, muitas vezes contraditórias, precisa de uma organização e estruturação refinada. Esse refinamento não implica necessariamente num direito vinculado à moral, mas antes um direito mais estável, que pode ser obtido na medida em que a liberdade e a igualdade forem protegidas pelo menos em medida mínima. Constituindo esses dois bens o conteúdo da tese do conteúdo mínimo, passa-se, agora, a uma análise mais detalhada de suas características.

⁸¹ A título de exemplo, ressalte-se que vários atentados foram planejados contra o *Führer*, tendo alguns deles sido implementados. Um dos mais famosos deles foi a denominada operação Valquíria (*Unternehmen Walküre*).

7.2.1 A liberdade como pressuposto da filosofia de Kant

Para uma melhor compreensão do conceito kantiano de liberdade é preciso tratar, ainda que de modo breve, da estrutura de seu pensamento moral.

Para Kant, existem dois mundos aos quais pertence o indivíduo, o numênico e o fenomênico:

Se por um lado Kant não quer fazer da sensibilidade a fonte do dever por outro ele deixa claro que a lei (dada pela razão) tem como destinatário um ser que pertence a dois mundos: numenal e fenomenal. Não fosse o homem um ser sensível, a lei moral teria forma descritiva, e não prescritiva (TRIVISONNO, 2007, p. 58).

Da existência desses dois mundos surge a necessidade da lei moral: um ser que deve agir por razão não necessariamente o faz (KANT, 2005b). E a moral traz consigo a necessidade do direito. Segundo Herrero:

A unidade da filosofia prática de Kant engloba três âmbitos diferentes: moral, direito e política. Por sua vez, cada um deles exige uma distinção entre o nível normativo e o nível empírico. Na moral existe, sem dúvida, discrepância entre a sua fundamentação racional e a antropologia, i. é, segundo Kant, os costumes existentes em uma sociedade. No direito a dissonância se dá entre o direito vigente e o conceito normativo de direito, e entre o direito vigente e os costumes reais. Na política encontramos a inadequação entre o seu conceito normativo e sua prática real. Mas o importante é que Kant trata de mediatizar os três âmbitos e os dois níveis de cada um (HERRERO, 2009, p. 615, grifos do autor).

Ainda segundo Herrero, o direito, “ao tentar defender a sua autonomia, i.e., a sua perspectiva interna, não pode perder de vista as suas relações com o resto da sociedade. A tematização destas relações não nega a sua autonomia” (HERRERO, 2009, p. 616).

Portanto, em Kant, moral e direito estão imbricados, mas não se confundem. Uma ação moral se diferencia de uma ação legal em função do motivo ou móbil (*Triebfeder*) que leva o sujeito ao seu cumprimento:

Por outro lado, Kant defende a diferença entre direito e moral, a diferença entre dois tipos de legislação de acordo com os diferentes móveis. O conteúdo do Direito não tem que coincidir com as exigências morais, pois ele está ligado à coerção do poder político (HERRERO, 2009, p. 616).

Direito e moral são formas de leis da liberdade (KANT, 2005^a, p. 19[2013]). Segundo Kant, a “liberdade do arbítrio é a independência da sua determinação por impulsos sensíveis: este é o conceito negativo de liberdade. O positivo é: a liberdade é a faculdade da razão pura de ser por si mesma prática” (KANT, 2005a, p. 19 [214]). Arbítrio (*Willkür*), deve ser entendido, em Kant, como a faculdade de desejar (*Wille*) conectada com a consciência da ação. Então pode-se perceber que a liberdade é, em Kant, conceituada como a independência de influências não racionais. Assim, a liberdade é, para Kant, uma liberdade limitada:

A liberdade (a independência em relação a um arbítrio compulsivo de outrem), na medida em que pode coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal, é este direito único, originário, que corresponde a todo homem em virtude de sua humanidade (KANT, 2005a, p. 56 [238]).

A Liberdade deve ser mediada por leis desenvolvidas pelo próprio indivíduo, justamente em função de ele possuir autonomia:

Autonomia da vontade é aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objetos do querer). O princípio da autonomia é, portanto: não escolher senão de modo que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal (KANT, 2005b, p. 85).

Essa ideia de liberdade é o centro da teoria de Kant e influencia não só o direito e a moral, mas também a política. Como ressalta Herrero, “eles têm uma raiz comum: a liberdade e todo o problema da razão prática é compreender a especificidade da dinâmica de cada âmbito e as relações entre eles” (HERRERO, 2009, p. 617).

Disso resulta a importância da dimensão política na obra de Kant. E o exercício da política visa exatamente cumprir papel primordial na organização de uma sociedade justa:

Isso significa [razão política ser uma práxis]: a práxis política tem como finalidade a constituição de uma ordem civil justa que permita exercer a liberdade a todos os cidadãos. Com isso, Kant tenta recuperar a noção aristotélica de *zoon politikon* nas condições das sociedades modernas, i. e., o que está em jogo na política é a realização de todo ser humano (HERRERO, 2009, p. 617, grifos do autor).

Para que esse sistema faça sentido, essa autonomia da razão tem que ser um pressuposto *a priori* prático, ou seja, sem a intervenção dos sentidos e orientada para

a resolução de problemas do agir humano. A necessidade de solução racional para os problemas práticos significa que a ação moral é aquela que pode valer enquanto lei universal, o que se expressa através do imperativo categórico.

A primeira formula do imperativo do imperativo categórico é a formula da lei universal, que determina que a máxima de uma ação deve valer enquanto lei universal. Ela reza: “age com base em uma máxima que pode também ter validade como uma lei universal” (KANT, 2005a, p.26).

Como destaca Trivisonno:

Essa formula [primeira fórmula do imperativo categórico], embora não esgote a verdade do imperativo categórico, talvez tenha tido tantos admiradores e combatentes em virtude da ideia poderosa e ao mesmo tempo problemática que carrega: só posso fazer aquilo que podem todos fazer (TRIVISONNO, 2007, p. 56).

Salgado destaca a importância conceitual das formulas do imperativo categórico nas teses fundamentais da teoria de Kant, tendo em vista que “as fórmulas do imperativo categórico nos oferecem os conceitos fundamentais da filosofia prática de Kant: a igualdade na universidade, a liberdade e o reino dos fins, representados na ideia de República pura e paz perpétua” (SALGADO, 2009, p. 74). Assim, o conceito de justiça de Kant se baseia em sua ideia de liberdade como autonomia para a completude do justo. Mas como essa liberdade deve ser entendida como universalização, chega-se, como ressalta Salgado, à expressão máxima da ideia de igualdade, pois justa é lei que expressa ou que realiza a liberdade universal, ou que dela é resultado. Se liberdade é autonomia, justa é a lei de cuja elaboração os que são seus destinatários participam em igual medida (SALGADO, 2009, p. 75).

Portanto, a liberdade traz consigo a igualdade, pois a liberdade é a liberdade de todos (KANT, 2005a). Como o direito é a liberdade exteriorizada (KANT, 2005a), todos os direitos decorrem, em Kant, da liberdade, entendida como propriedade que a razão tem de ser lei para si mesma.

Salgado destaca que a liberdade e a igualdade são peças motoras da lei moral em Kant, que é formulada com base na liberdade e realizada em sua dimensão externa pela igualdade:

A lei moral como fato da razão postula a existência de liberdade ou de uma causalidade livre, diversa da necessidade da natureza. A liberdade é a própria autonomia da razão pura prática ou da vontade pura e que aparece também

no momento externo em relação a outro ser humano sob o princípio da igualdade (SALGADO, 2009, p. 75).

Como pode ser percebido, a liberdade em Kant não possui um conteúdo material. Ela é antes um procedimento, o procedimento de universalização. Por isso algumas críticas feitas aos jusnaturalistas, como a crítica de Kelsen (KELSEN, 2016, p.5), parecem não ser aplicáveis a Kant. De fato, Kant estabelece a liberdade como fundamento a priori prático de todo o seu sistema moral (em sentido amplo). Isso significa que ela é definida antes de qualquer experiência empírica, não possuindo, assim, um conteúdo material dado.

Nesse aspecto o direito inato de Kant é bastante diferente da proposta dos demais teóricos de sua época. O direito inato em Locke, por exemplo, é a propriedade, que por sua própria natureza já possui um conteúdo claro e definido

De tudo o que é evidente, que embora as coisas da natureza são dadas em comum, o homem (por ser senhor de si mesmo, e proprietário de sua própria pessoa, e de suas ações ou do seu trabalho) ainda tinha em si o grande base de propriedade; e aquilo que compunha a grande parte do que foi aplicado a base ou conforto de seu ser, quando a invenção e as artes melhoraram as conveniências da vida, eram perfeitamente suas, e não pertenciam em comum aos outros⁸² (LOCKE, 1960, p. 123, tradução nossa).

Não é o que ocorre com a ideia de liberdade em Kant. A Liberdade em Kant pode ser entendida como autonomia, possibilidade de estabelecer o própria regramento que determina a ação humana. Essa autonomia é limitada por uma razão universal que é acessível parcialmente pelo indivíduo por meio do imperativo categórico. A obra de Kant, lida sob sua melhor luz, constitui assim um embrião das atuais teorias morais procedimentais.⁸³

Como destaca Trivisonno “teorias transcendentais como a de Kant partem de um fato e, com base nele, deduzem suas condições de possibilidade” (TRIVISONNO, 2007, p. 73). Um mínimo de liberdade e igualdade constituem verdadeira condição de possibilidade de qualquer sistema jurídico. Assim, sem a proteção desses bens, a própria estrutura do sistema jurídico ficaria comprometida.

⁸² Tradução livre do seguinte trecho: From all which it is evident, that though the things of Nature are given in common, man (by being master of himself, and proprietor of his own person, and the actions or labour of it) had still in himself the great foundation of property; and that which made up the great part of what he applied to the support or comfort of his being, when invention and arts had improved the conveniences of life, was perfectly his own, and did not belong in common to others.

⁸³ Para uma visão desse aspecto inovador na obra de Kant ver: TRIVISONNO, Alexandre T. G.. Kant e o pos-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.

Hannah Arendt desenvolve essa aplicação de uma condição de possibilidade ao direito, ou mais precisamente aos direitos fundamentais. Ao analisar a situação das sucessivas violações de direitos do período europeu pré segunda guerra ela constrói a ideia de um direito a ter direitos. A questão é tratada de forma exemplar na seguinte passagem:

Assim, a calamidade que se vem abatendo sobre um número cada vez maior de pessoas não é a perda de direitos específicos, mas a perda de uma comunidade disposta e capaz de garantir quaisquer direitos. O homem pode perder todos os chamados Direitos do Homem sem perder a sua qualidade essencial de homem, sua dignidade humana. Só a perda da própria comunidade é que o expulsa da humanidade (ARENDR, 2004 p. 331).

Assim, segundo Arendt, a forma tradicional de se observar e defender os direitos humanos não consegue responder aos problemas dessa nova situação:

O direito que corresponde a essa perda, e que nunca foi sequer mencionado entre os direitos humanos, não pode ser expresso em termos das categorias do século XVIII, pois estas presumem que os direitos emanam diretamente da "natureza" do homem - e, portanto, faz pouca diferença se essa natureza é visualizada em termos de lei natural ou de um ser criado à imagem de Deus, e se refere a direitos "naturais" ou a mandamentos divinos (ARENDR, 2004, p. 331).

A proteção da liberdade e da igualdade dentro dos marcos da tese do conteúdo pretende cumprir função similar à necessidade de garantia da cidadania para que possam existir outros direitos, defendida por Arendt.

Kant atribui, portanto, um papel central à liberdade, que aqui se entende como essencial à tese do conteúdo mínimo. Isso porque, para Kant, a liberdade é um direito de entrada, possui característica de norma introdutória ao sistema jurídico. Mesmo em uma perspectiva moralmente neutra, assumida pelo positivismo jurídico e por este trabalho, a liberdade possui um papel central em qualquer sistema jurídico. Assim, ao adotar-se, neste trabalho, a visão kantiana da liberdade como autonomia da vontade e seu corolário, a liberdade, não se defende a conexão entre direito e moral defendida por Kant e pelos não positivistas. Como visto na proposta de Bäcker, o procedimento discursivo do direito não precisa ser moral ou implicar uma concepção não positivista de direito.

No período contemporâneo, John Rawls procurou desenvolver uma teoria da justiça a partir de uma base kantiana. Sua relevância no debate da filosofia política

atual é significativa, razão pela qual a análise de sua teoria pode contribuir para a melhor delimitação do conteúdo da tese do conteúdo mínimo.

7.2.2 Rawls como representante máximo do liberalismo igualitário

A teoria de Rawls foi fortemente influenciada pelos grandes nomes de liberalismo, como Locke e notadamente Kant (RAWLS, 2000b, p. 12). Rawls realiza o que se pode denominar uma teoria do contrato renovada, com a expressa advertência de que esse contrato é hipotético, ou seja, não é histórico

Na justiça como equidade a posição a posição original de igualdade corresponde ao estado de natureza na teoria tradicional do contrato social. Essa posição original não é, obviamente, concebida como uma situação histórica real, muito menos como uma condição primitiva da cultura. É entendida como uma situação puramente hipotética caracterizada de modo a conduzir a uma certa concepção de justiça (RAWLS, 2000B, p. 13).

Outro aspecto importante é a pressuposição de que a sociedade é um empreendimento cooperativo, da qual não é possível se desligar:

Sem dúvida, qualquer teoria ética reconhece a importância da estrutura básica como objeto da justiça, mas nem todas as teorias consideram essa importância do mesmo modo. Na justiça como equidade, a sociedade é interpretada como um empreendimento cooperativo para vantagem de todos. A estrutura básica é um sistema público de regras que definem um esquema de atividades que conduz os homens a agirem juntos no intuito de produzir uma quantidade maior de benefícios e atribuindo a uns certos direitos reconhecidos a uma parte dos produtos (RAWLS, 2000b, p. 90).

Rawls afirma a impossibilidade da vida fora do contexto de uma sociedade, ou seja, o pertencimento a uma determinada comunidade política é inexorável ao humano:

Primeiro, é uma relação entre pessoas no interior da estrutura básica da sociedade, uma estrutura de instituições básicas em que só ingressamos por nascimento e só saímos na morte (ou assim seria apropriado supor). A sociedade política é fechada, por assim dizer, e não entramos ou saímos dela voluntariamente; na verdade não podemos fazê-lo (RAWLS, 2003, p. 259/260).

Rawls afirma ser preciso identificar a sociedade pelo primado da cooperação social para que se tenha um sistema de justiça mais equilibrado, que atenda as diferentes visões de mundo que permeiam uma sociedade:

A justiça como equidade procura realizar esse intento [organização das ideias e princípios] valendo-se de uma ideia organizadora fundamental no interior da qual todas as ideias e princípios possam ser sistematicamente conectados e relacionados. Essa ideia organizadora é a da sociedade concebida como um sistema equitativo de cooperação social entre pessoas livres e iguais, vistas como membros plenamente cooperativos da sociedade ao longo de toda a vida (RAWLS, 2000a, p.51).

Como visto, Rawls denomina posição original aquela na qual as pessoas escolhem os princípios de justiça que regerão a vida em comum. De forma a evitar que, na escolha desses princípios, as pessoas levem em conta suas concepções morais abrangentes e sua posição social, dentre outras particularidades, Rawls lança mão, como também visto, do véu de ignorância. Na posição original as pessoas não conhecem seus interesses dominantes ou egoísticos. Assim, Rawls procura construir uma teoria política na qual as pessoas consideradas livres e iguais possam viabilizar um acordo equitativo:

Esses princípios são baseados em uma série de suposições explícitas e implícitas. Inicialmente, Rawls assume que os indivíduos são iguais no sentido de sua pretensão jurídica de direitos iguais. Assim, os indivíduos operam em pé de igualdade, garantindo uma ampla margem de discricção, desde que suas ações sejam consistentes com a plena liberdade dos outros. A esse respeito, a teoria de Rawls (1971) incorpora a suposição essencial do liberalismo americano e do direito constitucional: máxima liberdade individual viável, limitada apenas pela necessidade de assegurar que todos os indivíduos sejam igualmente tratados igualmente perante o direito⁸⁴ (CLARK, 1986, p. 150, tradução nossa).

Nessa posição hipotética, sob o véu da ignorância, as pessoas podem chegar a dois princípios de justiça, que são o princípio da igual liberdade e o princípio da diferença, que informa a possibilidade de afastamento da igualdade em situações

⁸⁴ Tradução livre do seguinte trecho: These principles are based upon a series of explicit and implicit assumptions. To begin, Rawls assumes that individuals are equal in the sense of their legal entitlement of equal rights. Thus individuals operate on an equal legal footing, and are guaranteed a wide arena of discretion as long as their actions are consistent with the full liberty of others. In this respect, Rawls (1971) theory embodies the essential assumption of American liberalism and constitutional law: maximum feasible individual freedom, constrained only by the need to ensure that all individuals are similarly equally treated before the law

especiais. Segundo Rawls, esses dois princípios estão em ordem serial (ou lexical), de forma que o primeiro princípio é mais importante que o segundo. Rawls apresenta os dois princípios de forma esquemática:

1. O princípio da maior liberdade igual
2. (a) O princípio da (justa) igualdade de oportunidades
(b) O princípio da diferença (RAWLS, 2000a, p. 133).

A versão ampliada do segundo princípio é, segundo Rawls, a seguinte:

- a. Todas as pessoas têm igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos, projeto este compatível com todos os demais; e, nesse projeto, as liberdades políticas, e somente estas, deverão ter seu valor equitativo garantido.
- b. As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer dois requisitos: primeiro estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e segundo, devem representar o mais benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade (RAWLS, 2000, p. 47/48).

Com isso Rawls enuncia a ideia de um projeto liberal que tem como ponto central uma defesa de iguais oportunidades, razão pela qual parte da doutrina denomina Rawls um liberal igualitário. Deve-se destacar que, segundo essa ideia, as pessoas devem possuir liberdade para escolher a forma de vida que melhor lhes aprouver, mas ao mesmo tempo é preciso garantir que haja uma igualdade para que essa liberdade seja alcançável por todos. Além disso, como destaca Pogge para Rawls é possível conviver de maneira harmônica com o diferente em uma comunidade política:

Podemos viver juntos em harmonia, apesar dos ideais conflitantes do bom ser humano, da vida que vale a pena, do amor e da amizade, da conduta ética e coisas assim, desde que saibamos que compartilhamos um compromisso moral com a estrutura básica de nossa sociedade. Para Rawls, esta é uma das lições mais importantes da modernidade: que é possível viver juntos sob regras comuns que tenham uma base moral, mesmo sem compartilhar uma cosmovisão moral ou religiosa abrangente ou uma concepção do bem⁸⁵ (POGGE, 2007, p. 34-35, tradução nossa).

⁸⁵ Tradução livre do seguinte trecho: We can live together in harmony despite conflicting ideals of the good human being, of worthwhile living, of love and friendship, of ethical conduct, and the like, so long as we know that we share a moral commitment to our society's basic structure. For Rawls, this is one

Na teoria de Rawls, a desigualdade é possível, desde que reforce o primeiro princípio, ou seja, o princípio da igual liberdade. Isso quer dizer que podem ser consideradas necessárias ações e medidas que visem reduzir ou minimizar as diferenças nas oportunidades.

Portanto, Rawls não defende uma sociedade igualitária, na qual todos compartilham as mesmas concepções de bem e vida, nem que todos têm que possuir as mesmas coisas. Rawls é um defensor do pluralismo e, dessa forma, não corrobora projetos monopolistas de visão de mundo, as por ele denominadas doutrinas morais abrangentes. A igualdade defendida em sua teoria não é padronização de pensamento ou de vida. Como ressalta Pogge:

A importância desta possibilidade histórica é aumentada pelo fato do pluralismo razoável (PL 36-38): que existe no mundo moderno uma pluralidade de pontos de vista e valores éticos, estéticos, religiosos e filosóficos profundamente irreconciliáveis, mas razoáveis - uma pluralidade que pode ser eliminado, se for o caso, apenas através de níveis moralmente inaceitáveis de repressão. Sociedades democráticas livres devem viver com esse pluralismo⁸⁶ (POGGE, 2007, p. 34/35, tradução nossa).

Como se trata de um projeto liberal, nele o indivíduo deve possuir liberdade para escolher a concepção que queira defender, a vida que queira viver etc. A igualdade tem, desse modo, papel central para assegurar a própria liberdade. Somente diante de condições relativamente igualitárias pode uma real liberdade ser exercida em sua plenitude.

A concepção de justiça de Rawls é de extrema importância para a proposta fundamental deste trabalho. Talvez possa até mesmo se dizer que a proposta aqui defendida esteja entre o positivismo jurídico e teoria da justiça como equidade de Rawls. Ao defender a tese do conteúdo mínimo, reconhece-se a necessidade de o direito garantir uma convivência harmônica entre pessoas que possuem diferentes

of the most important lessons of modernity: that it is possible to live together under common rules that have a moral basis, even without sharing a comprehensive moral or religious worldview or conception of the good

⁸⁶ Tradução livre do seguinte trecho: The importance of this historical possibility is heightened by the fact of reasonable pluralism (PL 36–38): that there is in the modern world a plurality of deeply irreconcilable yet reasonable ethical, aesthetic, religious, and philosophical views and values—a plurality that can be eliminated, if at all, only through morally unacceptable levels of repression. Free democratic societies must live with such pluralism.

visões de mundo. Ao reconhecer a tese da neutralidade, destaca-se que não deve haver prevalência de uma entre essas visões de mundo. Assim, o conteúdo mínimo deve ser protegido pelo direito para que as diferentes concepções de vida e de bem possam coexistir de maneira pacífica e positiva para a sociedade.

Para que essa convivência seja minimamente possível, o direito deve assumir a tese do conteúdo mínimo. A tese da neutralidade, abordada no capítulo 4, impedir a prevalência teórica de uma concepção moral sobre outra, mas, na medida em que não estabelece nenhum pressuposto de conteúdo, deixa espaço para que uma predominância real de uma moral sobre outra possa ser de fato instituída. Somente com a complementação da tese do conteúdo mínimo é possível impedir, mesmo que minimamente, a prevalência fática de uma concepção moral sobre outra.

Embora Rawls não seja positivista, ele compartilha a visão kelseniana de que, por ser relativa, a moral – aquilo que Kelsen denominou moral positiva - não pode ser um critério para se aferir a validade do direito. Como visto, para Kelsen, a moral não pode ser critério de validade do direito porque há várias morais, não apenas uma. Para Rawls, o fato de existirem várias concepções morais, em suas palavras, “o fato do pluralismo”, faz com que o estado tenha que, ao mesmo tempo, se abster de adotar uma determinada moral e permitir que as pessoas desenvolvam seus projetos de vida de acordo com suas visões morais. Assim, embora usando metodologias diferentes, Kelsen e Rawls possuem um importante ponto em comum: ambos detectam a relatividade da moral no mundo contemporâneo.

A tese do conteúdo mínimo aproxima-se da teoria da justiça de Rawls na medida em que esta constitui o desenvolvimento de uma ideia básica de estruturação da vida em uma determinada comunidade, de forma que diferentes projetos, relacionados a diferentes morais abrangentes, possam se organizar dentro de uma mesma comunidade.

Nesse sentido, o direito, enquanto regramento voltado a possibilitar a coexistência pacífica em sociedade, é inexoravelmente moral. A tese do conteúdo mínimo não nega esse fato. Embora compartilhe com a teoria de Rawls a crítica a uma adoção de determinada moral abrangente, ela ressalta o problema que a aceitação de uma teoria que se baseia na justiça procedimental pura para a construção dos conteúdos das normas jurídicas.

7.2.3 Liberdade e Igualdade como conteúdo da Tese do conteúdo mínimo

A essência da tese do conteúdo mínimo já foi esboçada. Como visto, ela é uma tese que defende que, sobretudo em sociedades plurais, a ordem jurídica positiva precisa proteger, em uma medida mínima, a liberdade e igualdade, a fim de que tenha uma estabilidade suficiente que justifique sua caracterização como direito. Como foi ressaltado, essa tese não pressupõe uma conexão entre direito e moral, sendo, antes, uma tese empírica.

Como já enfatizado, a tese do conteúdo mínimo se situa entre o positivismo e a teoria de Rawls. Por essa razão, a fim de se obter uma caracterização mais precisa de seus elementos, serão aprofundados alguns aspectos da teoria de Rawls, sobretudo daqueles que podem auxiliar a compreensão da tese do conteúdo mínimo.

Embora realizem abordagens diferentes, que, portanto, pressupõem métodos diferentes, as teorias de Rawls e de Kelsen possuem uma semelhança importante para a caracterização da tese do conteúdo mínimo.

Ao estabelecer que sua Teoria da Justiça é política, e não moral, Rawls afirma que sua concepção é neutra, justamente como forma de conciliar as diversas morais abrangentes razoáveis existentes dentro uma sociedade.

Por fim, destaco uma questão implícita no que já dissemos: a justiça como equidade não é uma doutrina religiosa, filosófica ou moral abrangente – que se aplique a todos os temas e abarque todos os valores. [,,] A Teoria da Justiça como equidade é uma concepção política de justiça para o caso especial da estrutura básica de uma sociedade democrática (RAWLS, 2003a, p. 19).

Assim Rawls considera como um ponto fundamental o pluralismo dentro de uma determinada comunidade política:

É forçoso constatar que, dado o fato do pluralismo razoável, não há como uma sociedade bem-ordenada em que todos os membros aceitem a mesma doutrina abrangente possa existir. Mas cidadãos democráticos que defendem diferentes doutrinas abrangentes podem-se por de acordo sobre concepções políticas de justiça (RAWLS, 2003a, p. 12).

Depreende-se do trecho acima que Rawls, mesmo realizando uma abordagem diferente da de Kelsen, identifica o mesmo fenômeno que Kelsen, qual seja, a existência de diferentes concepções de vida, isto é, a relatividade da moral (no caso de Kelsen moral positiva e, no caso de Rawls, moral abrangente). A existência de uma

diversidade de morais exige do direito uma postura neutra para não privilegiar uma visão de mundo sobre outra.

Tanto Kelsen quanto Rawls entendem, portanto que a relatividade da moral possui consequências no conceito de direito. Em Kelsen essa consequência é a retirada do conceito de justiça do âmbito do conceito de direito e, em Rawls, a consequência é o desenvolvimento de uma concepção política de justiça.

Rawls destaca que sua teoria não elabora um conceito de moral abrangente, nem pretende fazê-lo. Mas ela busca estabelecer pressupostos para que haja convivência harmônica entre as diferentes visões de mundo na arena política. Daí surge sua ideia de consenso justaposto (ou sobreposto), com base no qual as pessoas, apesar de adotar concepções morais abrangentes distintas, podem concordar com os princípios da justiça política:

A ideia de um consenso sobreposto é utilizada para que possamos pensar a sociedade bem ordenada da justiça como equidade de modo mais realista. Dadas as instituições livres que essa própria concepção recomenda, já não podemos supor que os cidadãos em geral, mesmo que aceitem a justiça como equidade como concepção política, aceitem igualmente uma visão abrangente particular a que, em Teoria [livro Teoria da Justiça do próprio Rawls], ela parece pertencer (RAWLS, 2003, p. 266).

Depois de decididos os princípios, na posição original, o consenso sobreposto surge como ideal central, com base na qual uma certa estabilidade e cumprimento desses princípios pode ser alcançada. Uma das consequências do pluralismo é exatamente a multiplicidade de concepções morais diferentes de modo que uma convergência possa ser obtida pelo menos em pontos centrais. Esse é justamente o papel do consenso sobreposto:

Desse modo o liberalismo político procura uma concepção política de justiça que, assim esperamos, possa conquistar o apoio de um consenso sobreposto que abarque as doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis de uma sociedade regulada por ela (RAWLS, 2000, p. 52).

Como ressalta Pogge, o consenso sobreposto é a chave para que uma sociedade na qual reine um pluralismo razoável possa funcionar:

E ele [Rawls] chama um consenso moral cujo conteúdo está confinado a uma concepção política de justiça como um consenso sobreposto. Sua esperança é para uma sociedade livre em que as cosmovisões moral, religiosa e filosófica se sobrepõem em relação a uma concepção política de justiça que

justifique à estrutura básica dessa sociedade⁸⁷ (POGGE, 2007, p. 35, tradução nossa).

Rawls trabalha, em diversas passagens, com o termo razoável, mas não apresenta uma definição clara do que ele significa. A partir de uma visão sistemática de sua obra, pode-se entender razoável como um atributo com base no qual uma concepção moral aceite outra concepção moral que seja dela diferente. A ideia de moral razoável estaria ligada, assim, à ideia mesma do pluralismo, aplicado à convivência das concepções morais. Assim, uma concepção moral abrangente razoável⁸⁸ seria aquela que aceita os princípios da teoria da justiça:

A conquista desse apoio permitirá responder à nossa segunda questão fundamental: como os cidadãos, que continuam profundamente divididos em relação às doutrinas religiosas, filosóficas e morais, mantem, apesar disso, uma sociedade democrática justa e estável? Para essa finalidade, em geral é desejável renunciar às visões filosóficas e morais abrangentes que estamos habituados a usar para debater questões políticas fundamentais da vida pública (RAWLS, 2000a, p. 52)

Questão relevante é analisar quais concepções morais podem ser consideradas abrangentes e de que maneira isso se articula com o consenso sobreposto. Para Rawls, esse é um ponto importante, tendo em vista que pode influenciar diferentes aspectos da vida em sociedade:

Uma concepção moral é geral quando se aplica a um amplo leque de objetos e, em sua extrema amplitude, a todos os objetos, universalmente. É abrangente quando trata de concepções sobre o que tem valor na vida humana, ideais de caráter pessoal, de amizade, de relações familiares e associativas, assim como muitas outras coisas que devem orientar nossa conduta e, em sua inteira amplitude, nossa vida como um todo (RAWLS, 2000a, p. 55-56).

Como se percebe, diversas concepções religiosas e filosóficas possuem as características necessárias para serem tratadas como abrangentes e o desafio é a construção de um consenso sobre questões fundamentais entre pessoas que expressam noções gerais de vida e de bem tão distintas.

⁸⁷ Tradução livre do seguinte trecho: And he calls a moral consensus whose content is confined to such a political conception of justice an overlapping consensus. His hope is for a free society in which the widely held moral, religious, and philosophical worldviews overlap in regard to a political conception of justice that justifies this society's basic structure.

⁸⁸ Conforme nota de aula 18/03/2018. Tópicos em teoria da justiça. Alexandre Trivisonno.

A essa ideia se liga fortemente a noção de razão pública, entendida como “o debate dos cidadãos no espaço público sobre os fundamentos constitucionais e as questões básicas de justiça” (RAWLS, 2000a, p. 52). Isso porque o consenso sobreposto é obtido no seio dessa discussão pública que se materializa na razão pública. Assim, consenso sobreposto e razão pública são conceitos que se entrelaçam e complementem. Nesse aspecto Rawls destaca que:

O motivo pelo qual a posição original deve abstrair as contingências do mundo social e não se afetar por elas é que as condições de um acordo equitativo sobre princípios de justiça política entre pessoas livres e iguais deve eliminar as vantagens de barganha que surgem inevitavelmente nas instituições de base de qualquer sociedade, em função de tendências sociais, históricas e naturais cumulativas (RAWLS, 2000a, p. 66).

Influenciado por Kant, Rawls elabora uma exigência de concordância dos cidadãos para com a ordem normativa estatal, de modo que haja um processo de racionalização das decisões políticas:

A essa pergunta o liberalismo político responde dizendo que nosso exercício do poder político é próprio e, por isso, justificável somente quando é exercido de acordo com uma constituição cujos elementos essenciais se pode razoavelmente esperar que todos os cidadãos endossem, à luz de princípios e ideias aceitáveis para eles, enquanto razoáveis e racionais (RAWLS, 2000 a, p. 266).

Essa formulação de Rawls encontra influência no princípio de universalização de Kant, consubstanciado na primeira fórmula do imperativo categórico. Rawls articula essa ideia kantiana de modo que ela tenha aplicação no âmbito da ação política, atualizando-a em um princípio liberal de legitimidade.

Como decorrência lógica do pluralismo, Rawls traz o princípio da tolerância como uma concepção de justiça que deve ser independente de doutrinas filosóficas e religiosas:

O objetivo da justiça como equidade é, por conseguinte, prático: apresenta-se como uma concepção de justiça que pode ser compartilhada pelos cidadãos como a base de um acordo político racional, bem-informado e voluntário. Expressa a razão política compartilhada e pública de uma sociedade. Mas, para se chegar a uma razão compartilhada, a concepção de justiça deve ser, tanto quanto possível, independente das doutrinas filosóficas e religiosas conflitantes e opostas que os cidadãos confessam. Ao formular tal concepção, o liberalismo político aplica o princípio da tolerância à filosofia (RAWLS, 2000a, p. 52).

Essa ideia de tolerância para com diferentes morais abrangentes razoáveis possui um correspondente interessante na formulação que Rawls faz do direito dos povos:

Tolerar também significa reconhecer essas sociedades não-liberais como membros participantes iguais em boa reputação da Sociedade dos Povos, com certos direitos e obrigações, incluindo o dever de civilidade, exigindo que eles ofereçam a outras pessoas razões públicas apropriadas à Sociedade dos Povos por suas ações.⁸⁹ (RAWLS, 1999, p. 59, tradução nossa).

Como visto, Rawls entende a sociedade como um empreendimento cooperativo. Parte das razões por ele elencadas para a cooperação o aproxima do positivismo, sobretudo dos argumentos que Hart elenca em defesa de seu direito natural mínimo, tais como os argumentos da escassez de recursos e da equivalência moderada de forças entre os humanos.

Ao estabelecer a ideia de um dever moral de civilidade, Rawls também se aproxima dessa ideia de direito natural mínimo proposta por Hart:

E, como o exercício do poder político deve ser legítimo, o ideal de cidadania impõe o dever moral (e não legal) – o dever de civilidade – de se ser capaz de, no tocante a essas questões fundamentais, explicar aos outros de que maneira os princípios e políticas que se defende e nos quais se vota podem ser sustentados pelos valores políticos da razão pública. Esse dever também implica a disposição de ouvir os outros, e uma equanimidade para decidir quando é razoável que se façam ajustes para conciliar os próprios pontos de vista com os de outros (RAWLS, 2000a, p. 266).

Apesar do próprio Rawls considerar ser essa obrigatoriedade de natureza moral, poder-se-ia entendê-la como uma extensão ou decorrência do pluralismo, tal como o dever de tolerância, pois o pluralismo real não pode existir sem que seja possível expor razões no âmbito das decisões públicas.

Em outro ponto pode-se identificar mais uma proximidade entre as ideias de Kelsen e Rawls. Kelsen destaca que existe uma diversidade de morais positivas e que em virtude da ausência de critérios jurídicos para auferir qual delas seria a mais adequada, o direito não pode adotar qualquer uma delas como base:

⁸⁹ Tradução livre do seguinte trecho: To tolerate also means to recognize these nonliberal societies as equal participating members in good standing of the Society of Peoples, with certain rights and obligations, including the duty of civility requiring that they offer other peoples public reasons appropriate to the Society of Peoples for their actions.

O princípio moral que fundamenta – ou do qual se pode deduzir – uma doutrina relativista de valores é o princípio da tolerância: é a exigência de compreender com benevolência a visão religiosa ou política de outros, mesmo que não a compartilhemos, e, exatamente porque não a compartilhamos, não impedir sua manifestação pacífica (KELSEN, 2001, p. 24).

De modo semelhante, mas com um enfoque político, Rawls destaca a inexorabilidade do pluralismo como causa central da impossibilidade de se adotar uma teoria moral como fundamento político do Estado. Nos dizeres de Rawls:

A cultura política de uma sociedade democrática é sempre marcada pela diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais conflitantes e irreconciliáveis. [...] Por conseguinte, a segunda questão consiste em saber quais os fundamentos da tolerância, assim compreendida, considerando-se o fato do pluralismo razoável como resultado inevitável de instituições livres (RAWLS, 2000b, p. 45).

Percebe-se que ambos atribuem importância vital à tolerância. Kelsen a extrai de seu relativismo ético, enquanto Rawls da ideia de que a sociedade é um empreendimento cooperativo.

Assim, parece haver certa semelhança entre a teoria de Rawls e o positivismo jurídico. O objetivo de Rawls é estabelecer uma teoria da justiça que seja ampla, de forma a abarcar as mais diferentes concepções de vida, que ele denomina moral abrangente. O positivismo jurídico visa, a seu modo, explicar o fenômeno jurídico em si, liberto de concepções valorativas, ou em outras palavras, o direito como ele é e não como deveria ser. Para isso a ideia de neutralidade é central.

Porém, diferentemente do positivismo, Rawls possui uma ideia direta e exata sobre a justiça. Essa ideia tem como elementos centrais, como visto, os dois princípios já analisados. Ocorre que, para adequar esses princípios a um mundo tão plural, a teoria de Rawls precisa adotar uma certa neutralidade, de forma que seus princípios estabeleçam apenas o mínimo necessário. Em outros termos, a teoria precisa ficar em um plano bastante geral para que consiga se mostrar viável diante das mais diferentes formas de organização e concepções de mundo.

Nesse aspecto pode-se perceber um aspecto radical no sentido democrático das propostas tanto de Rawls quanto do positivismo. Rawls possui uma preocupação em estabelecer que sua teoria valha para povos que tenham as mais diferentes formas de organização do estado: povos liberais democráticos, decentes e onerados. Se levada em conta a análise da teoria não ideal de Rawls, tem-se ainda mais elementos

de confluência com o positivismo. Ao estabelecer que sua Teoria da Justiça é política e não moral, Rawls afirma que sua concepção é neutra:

Como vimos, o liberalismo político tenta, na medida do possível, apresentar valores como pertencentes a um domínio específico - o político -, como visão autônoma, e como valores que podem ser entendidos e afirmados sem que seja necessário pressupor nenhuma moral abrangente particular. Cabe aos cidadãos, individualmente, como parte de sua liberdade de consciência resolver como os grandes valores do domínio político estão relacionados com os outros valores que aceitam (RAWLS, 2003, p. 271).

Assim, Rawls tenta estabelecer uma teoria que possa ser adotada por todos, razão pela qual procura justificar seus fundamentos sem elementos metafísicos, ou seja, trata-se de uma construção que não precisaria recorrer a bases externas para articulação de seus pontos centrais. Nessa linha, Rawls afirma que visa edificar uma visão autossustentável:

Por conseguinte, o liberalismo político tem por objetivo uma concepção política de justiça que se constitua numa visão auto sustentável. Não defende nenhuma doutrina metafísica ou epistemológica específica, além daquela que a própria concepção política implica (RAWLS, 2000a, p. 53).

Rawls destaca que essa ideia não implica desconhecimento da diversidade de posições políticas e valores morais, que é própria da existência de diferentes morais abrangentes razoáveis presentes em determinada localidade. Porém, em sua opinião, deve se ter em mente que “a esfera pública e sua concepção de justiça de tal forma que as instituições possam conquistar o apoio de um consenso sobreposto” (RAWLS, 2000a, p. 53).

Depreende-se do trecho citado acima que, apesar de metodologias diferentes, Rawls e Kelsen chegam a conclusões semelhantes. Kelsen destaca a existência de uma diversidade de morais positivas e exige do direito uma postura neutra, de modo que uma visão de mundo não prevaleça sobre outra, e Rawls destaca que sua teoria não elabora um conceito de moral abrangente nem pretende fazê-lo, mas estabelece pressupostos para que haja convivência harmônica entre as diferentes visões de mundo na arena política.

Uma vantagem da tese do conteúdo mínimo é impedir, mesmo que minimamente, a prevalência fática de uma concepção moral sobre outra. Como já ressaltado, a tese da neutralidade consegue impedir apenas a prevalência teórica, mas, em tese, deixa espaço para que uma predominância em termos reais possa ser

instituída. Essa predominância pode levar a consequências extremamente negativas quando se pretende que uma dessas morais positivas seja hegemônica em face das demais.

A tese do conteúdo mínimo, defendida neste trabalho, pressupõe, assim como a teoria da justiça de Rawls, que a liberdade e a igualdade devem ser protegidas. Em Rawls essa proteção deve ocorrer para que a justiça, que em sua opinião é uma virtude política, possa ser efetivada. Na tese do conteúdo mínimo essa proteção deve ocorrer para que o sistema jurídico, sobretudo o sistema jurídico de uma sociedade plural, possua um mínimo de estabilidade que justifique a sua qualificação como direito. Pode-se dizer que a tese do conteúdo mínimo aqui defendida retira de Rawls o seu conteúdo (a liberdade, a igualdade e o fato de a proteção delas garantir um mínimo de organização social) e das teorias de Kelsen e Hart o seu caráter empírico.

A ideia que perpassa a eleição da liberdade e da igualdade como pressupostos da tese do conteúdo mínimo deriva-se da seguinte constatação: para a existência de direitos são necessários direitos anteriores que lhes servem de base. Esses direitos anteriores só podem ser a liberdade e a igualdade, ou seja, a capacidade de todos serem titulares e ao mesmo tempo autores de direitos. Por isso, a liberdade e a igualdade constituem verdadeira condição de possibilidade dos demais direitos

Dessa forma, tanto para a construção existência de direitos fundamentais quanto para o seu exercício é necessária a proteção da liberdade e da igualdade, ainda que em grau ou nível mínimo. A tese do conteúdo mínimo não é defendida como ideal para que seja alcançado um direito melhor, que regule de forma mais justa as relações em sociedade.

Na seção seguinte, será realizado um exercício mental com a finalidade de explicitar as características da tese do conteúdo mínimo.

7.3 Os modelos hipotéticos de sociedade e a sua implicação na tese do conteúdo mínimo

A complexidade de uma estrutura de organização estatal tem relação direta com a forma de regulação dessa sociedade. Assim, quanto mais complexa uma sociedade, mais complexa a regulação jurídica. Para ilustrar esse adota-se o exemplo de duas sociedades hipotéticas: Braai e Vraai. Com esse exemplo pretende-se

articular, do ponto de vista prático, os pressupostos teóricos que foram desenvolvidos na seção anterior.

7.3.1 Sociedades reais e modelos hipotéticos

O presente trabalho afirma, como visto, que há uma relação direta entre sociedades plurais e a necessidade da adoção da tese do conteúdo mínimo. Entende-se que essa afirmativa pode ser demonstrada através da aplicação da tese do conteúdo mínimo em dois modelos hipotéticos de sociedade.

Antes disso é preciso explicar a razão da opção por modelos hipotéticos de sociedade.

A discussão da aplicação da tese do conteúdo mínimo em sociedades reais demandaria o cumprimento de dois requisitos que não podem ser alcançados por este trabalho. O primeiro deles é a ausência de um modelo teórico que relacione de maneira suficiente e adequada de que forma a necessidade de direitos básicos é afetada positiva ou negativamente pelo pluralismo. O segundo é a necessidade de uma análise sociológica e antropológica que possibilite medir o grau de pluralidade de sociedades reais.

Para exemplificar a dificuldade do cumprimento desses dois requisitos serão tomadas como exemplos, aqui, as sociedades brasileira e alemã.

De forma sucinta, pode-se afirmar que a tanto a sociedade alemã quanto a brasileira são plurais. É difícil avaliar, contudo, qual delas poderia ser considerada mais plural, na medida em que uma série de fatores precisariam ser analisados. Além disso, a própria quantificação da diversidade em sociedades plurais é tema controverso e difícil de ser abordado.

O Brasil é um país diverso e rico em diferentes manifestações, que, porém, possuem como denominador comum a moralidade proveniente do cristianismo. Há inclusive uma construção de sincretismo religioso e moral que permeia as estruturas básicas da sociedade brasileira. Essa presença cristã também é forte na Alemanha, contudo a existência de outros elementos no campo religioso, como a presença maciça de muçulmanos no território Alemã, provoca certa tensão.

Portanto, diante das dificuldades metodológicas que a aplicação da tese do conteúdo mínimo implica, justifica-se a análise de sua aplicação a modelos hipotéticos. Isso não significa que a tese do conteúdo mínimo não seja aplicável a

sociedades reais, mas apenas que essa aplicação demanda um levantamento de dados empíricos que não pode ser realizado aqui.

7.4.2 Dois modelos hipotéticos da sociedade como exemplos de aplicação da tese do conteúdo mínimo

Toma-se então dois exemplos hipotéticos de sociedades organizadas. A primeira delas, denominada Braai, é uma sociedade bastante simples, a segunda, denominada Vraai, é bastante complexa.

Em sociedade simples, como no caso hipotético de Braai, a moralidade popular ou doutrina moral abrangente, como denomina Rawls, acaba por regular de maneira satisfatória a vida social, tendo em vista que há um compartilhamento importante das noções e valores através dos quais um indivíduo deve guiar sua vida pessoal e comunitária. Assim, tem-se uma única concepção moral fundamental que guia essa sociedade. As eventuais divergências são tomadas como discordâncias pontuais internas a essa tradição comum, de forma que não há dissenso sobre os princípios morais fundamentais nem sobre sua forma de aplicação.

Isso significa que a solução de conflitos se dá de maneira mais mediada e orgânica, pois o papel de cada pessoa na estrutura da sociedade é mais definido e claro. Imagine-se Braai como uma comunidade formada por uma população tradicional sem contato com outras comunidades. A regulação social é estabelecida internamente e dentro de padrões orgânicos ou naturais. A tradição sob a qual se fundou a comunidade e que baliza suas ações já estabelecem de antemão a solução para os conflitos sociais, e permite ainda evitar, de forma razoavelmente segura, a ocorrência de novos conflitos. Há, assim, uma base fundamental, mas que se adapta, dentro dos mesmos pressupostos, para que o sistema de organização social esteja sempre em constante aperfeiçoamento.

Na outra sociedade hipotética, Vraai, tem-se o oposto. Trata-se de uma sociedade complexa, na qual convivem sob o mesmo espaço físico as mais diferentes morais abrangentes. Por isso, a solução dos conflitos precisa ser realizada por um direito desenvolvido e estável. Suponha-se que, em Vraai, existam dez grupos que se vinculam a dez respectivas concepções de mundo, e ainda uma parcela da população que não faz parte diretamente de nenhum desses grupos. Não há entre eles

concepções comuns de vida ou de bem. Em termos numéricos e de supremacia militar, nenhum deles possui condições de subjugar os demais.

Em virtude disso, Vraai é uma sociedade complexa na qual o pluralismo se estabelece, de forma que nenhuma das concepções morais abrangentes consiga sozinha a adesão da maioria da população ou a proteção dos poderes públicos. Os diversos grupos, tomados isoladamente, são minoritários, sendo, portanto, necessário que se organizem conjuntamente para que maiorias sejam formadas em ou outro sentido, sempre em relação a temas específicos. Será preciso a união de três ou quatro diferentes grupos para que uma maioria possa se consolidar em determinada matéria.

Em virtude dos fortes dissensos que permeiam essas concepções morais abrangentes, apenas maiorias pontuais podem ser alcançadas. Não há critério ou interesse estável que seja forte o suficiente para que maiorias duradouras, que estabilizariam naturalmente o sistema de regulação estatal, sejam formadas. Suponha-se que Vraai mantém um constante intercâmbio com outras sociedades, de forma que há um constante fluxo de pessoas que compartilham de valores e visões de mundo diversos daqueles compartilhados pelos dez grupos acima citados.

Em virtude do constante choque entre as mais diversas morais abrangentes que convivem em Vraai, há uma tensão quase permanente que permeia as mais variadas questões, desde as mais complexas, como o sentido do direito à vida, até as mais básicas, como o modo como as pessoas devem lidar com seus vizinhos. Em muitos casos, a solução correta de um conflito não é clara ou, pelo menos, não é aparente. E em virtude do pluralismo mutável de Vraai, não é possível prever e prevenir com qualidade ou com boa precisão a ocorrência de novos dissensos e conflitos. A sociedade está em constante transformação.

Por outro lado, não há um modo orgânico e natural de solução dos conflitos, fato que eleva a possibilidade de descontentamento com a solução apresentada, ou seja, eleva o potencial de novos e mais graves conflitos.

É nesse ponto que se percebe a necessidade da tese do conteúdo mínimo. No cenário descrito acima, a permanência de uma estruturação interna forte e vinculante depende de uma mediação complexa entre as mais diferentes concepções morais que existem em Vraai. E essa mediação precisa ocorrer por vias institucionalizadas, tendo em vista a diversidade própria e característica de Vraai. Para que essa mediação seja adequada, ou seja, para que ela resolva de forma minimamente

convincente os conflitos, o direito precisa ser respaldado pelo menos com um conteúdo mínimo de liberdade e igualdade.

Existem no mundo atual cada vez mais sociedades que se aproximam do de Vraai. A diversidade e pluralismo são cada vez mais uma realidade e a melhor forma de garantir que diferentes concepções de mundo possam existir sem causar uma ruptura institucional é através da adoção de um conceito de direito que contemple a tese do conteúdo mínimo.

Disso resulta que a neutralidade do direito também possui uma ligação direta com o pluralismo. O direito em uma sociedade simples, como Braai, pode ser mera reprodução das normas costumeiras, tradicionalmente postas ao longo do tempo, não precisando de uma estrutura organizada e burocratizada para sua interpretação e aplicação. Por sua vez o direito em Vraai precisa de um maior nível de complexidade para dar conta da diversidade que lhe é inerente.

Entende-se que para cumprir essa função de complexo normativo destinado a regular a vida em sociedade, certos conteúdos mínimos básicos devem ser assumidos e preservados. A necessidade desse conteúdo mínimo aumenta na medida em que existe uma pluralidade naquela sociedade. Assim a defesa da tese conteúdo mínimo é uma defesa do direito enquanto sistema regulatório da conduta humana. Do ponto de vista apenas de normas jurídicas pontuais, a necessidade da tese do conteúdo mínimo não se faz perceber. Sua necessidade se torna mais clara do ponto de vista do direito considerado como um sistema de normas. Isso porque a regulação geral de condutas precisa de uma base de direitos que lhe assegure uma coesão interna mínima.

Como já ressaltado, **quanto mais complexa uma sociedade**, ou seja, quanto mais difícil for a obtenção de consensos razoáveis sobre os pontos mais fundamentais de vida em comum, **maior é a necessidade da tese do conteúdo mínimo**.

Isso não quer dizer que a tese do conteúdo mínimo seja desnecessária ou descartável para sociedades menos complexas. A questão é que, nessas sociedades, o mínimo de liberdade e igualdade já seja alcançável de forma mais orgânica e natural. Assim, a tese do conteúdo mínimo é válida para sociedades mais simples, mas sua necessidade é mais evidente, em sociedades complexas.

8 CONCLUSÃO

A relação entre direito e moral é de extrema importância para a conceituação do direito, independentemente das diferentes formas de se compreender o sentido e o objeto da moral. Porém, muitas vezes não se percebe como o debate sobre essa relação reflete na discussão em torno do positivismo e do não positivismo jurídicos. A classificação elaborada por Alexy possui os méritos de ser bastante refinada e conseguir abarcar teorias que não são nem jusnaturalistas, nem positivistas. Porém, a separação das teorias jurídicas em cinco subdivisões, duas dentro do positivismo e três dentro do não positivismo, é questionável, pois estabelece uma cisão que pode ser considerada até certo ponto artificial. Em alguns casos é difícil classificar e diferenciar os teóricos do positivismo e do não positivismo, especialmente os teóricos do positivismo inclusivo e do não positivismo inclusivo. Ainda assim a classificação de Alexy se mostrou de grande utilidade para a discussão sobre o conteúdo mínimo no direito.

No não positivismo jurídico, que defende uma conexão necessária entre direito e moral, há uma defesa clara de que o direito precisa ter determinado conteúdo. A tese não positivista é mais abrangente, em termos de conteúdo, que a tese do conteúdo mínimo aqui defendida. Isso porque, no não positivismo, a ligação entre direito e moral fornece padrões fortes para a adição ao direito de mais elementos do que o mínimo propugnado pela tese defendida nesse trabalho. Além disso, o não positivismo pressupõe uma conexão entre direito e moral que a tese do conteúdo mínimo não entende ser necessária.

A tese defendida aqui é que o não positivismo vai longe demais. Por isso, formula-se a tese do conteúdo mínimo como ideia compatível e adequada a uma concepção positivista de direito. Com ela pretende-se auxiliar a tradição positivista a solucionar um de seus mais sérios problemas.

A multiplicidade de concepções agrupadas sob a denominação “positivismo jurídico” reforça os problemas de classificações como a de Alexy. Positivismo jurídico pode designar, em tese, concepções distintas como as da Escola da Exegese, do positivismo refletido e até de teóricos atuais como Hoerster, Raz e Bäckler.

A relevância dos trabalhos empreendidos pelo positivismo refletido pode ser percebida claramente no direito. O sistema construído por Kelsen e Hart tem por

mérito realizar uma análise meticulosa do fenômeno jurídico, a ponto de conseguir evidenciar as principais questões que repercutem no direito. Há, infelizmente, uma certa incompreensão sobre o positivismo refletido, especialmente se considerado o debate no Brasil. Como visto, várias críticas dirigidas ao positivismo jurídico são inadequadas, sobretudo porque muitas características a ele atribuídas são de fato incompatíveis com o que escreveram Kelsen e Hart.

Contudo, o positivismo refletido possui alguns problemas. Ao longo do trabalho foram apontados os mais significativos: a ausência de uma abordagem sobre a legitimidade do direito e falta de uma teoria da interpretação e aplicação para lidar com o problema da discricionariedade judicial. Porém, esses problemas, sobretudo o primeiro, podem ser minimizados através da tese do conteúdo mínimo, que, na visão proposta neste trabalho, foi defendida de forma embrionária pelos positivistas refletidos.

Além disso, essas críticas formuladas contra o positivismo refletido não se aplicam às versões mais recentes do positivismo, como as de Raz, Hoerster e Bäcker.

Constatou-se ao longo do trabalho que a ideia de uma tese do conteúdo mínimo não é estranha ao positivismo jurídico. Uma atualização do que Hart convencionou denominar direito natural mínimo é compatível com as teses nucleares do positivismo jurídico, incluídos os escritos de Kelsen, sobretudo com suas ideias do mínimo de liberdade e da eficácia como condição de validade de um sistema jurídico. A discussão sobre o bando de salteadores demonstra isso, pois nela pode-se verificar que há uma dupla regulamentação, uma aplicável aos atingidos pelos salteadores e outra interna aos membros da comunidade de salteadores. Com isso, tem-se uma aplicação da tese do conteúdo mínimo pelo menos para os membros do grupo de piratas ou corsários.

A tese do conteúdo mínimo é uma tese empírica. Ela não se baseia em uma conexão do direito com a moral e, por isso, não defende que direitos fundamentais são direitos humanos positivados. Em sua concepção, direitos fundamentais são possíveis em virtude da proteção da liberdade e da igualdade, que os fundamentam. Mas isso não significa que a tese do conteúdo mínimo pressuponha a adição contínua e sequencial de novos fundamentais ou o incremento daqueles já existentes. Ela pressupõe apenas que liberdade e igualdade, como bens sociais fundamentais, devem ser protegidos, podem, assim, ser denominados direitos de entrada, pois são indispensáveis para criação e o exercício e de outros direitos.

As particularidades de determinada comunidade jurídica desempenham papel central na questão de quais demais direitos serão criados. Podem ser feitas escolhas em vários diferentes sentidos, dependendo das circunstâncias históricas dadas. Dessa forma, uma diminuição no nível de proteção dos direitos fundamentais pode ocorrer, inclusive no âmbito da liberdade e da igualdade, desde que um mínimo para a construção e exercício dos demais direitos possa ser preservado. Uma teoria jurídica que queira ser levada a sério não pode prescindir da realidade. Se, por um lado, a tese do conteúdo mínimo não prescinde da realidade ao constatar que, em alguns casos, restrições a direitos são possíveis, por outro lado ela também o faz ao considerar o fato do pluralismo, típico do mundo contemporâneo. Ao constatar que quanto mais plural for uma determinada comunidade jurídica, mais visível será a necessidade de adoção da tese do conteúdo mínimo, ela se mostra sensível ao pluralismo, entendido como convivência de diferentes concepções de vida e de bem.

REFERÊNCIAS

ADACHI. **The Relationships between Law and Morality: An Analysis of Robert Alexy's Classification** (conference IVR XXVII World Congress). 2015

AFONSO, Elza Maria Miranda. **O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen**. Belo Horizonte: UFMG, 1984.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. **Die Gewichtsformel**, in: Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, hg. v. J. Jickeli/P. Kreutz/D. Reuter, Berlin 2003, S. 771-792; GreifRecht 10 (2010), S. 69-78.

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

ALEXY, Robert. **Recht, Vernunft, Diskurs**. Frankfurt am Main: Suhrkamp. 1995.

ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica**. P. 139-151 Revista DOXA n. 05 1988. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/doxa/cuadernos.shtml>>. Acesso em: 30/07/2018.

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.

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

ALEXY, R. (Org.); TRIVISONNO, Alexandre T. G. (Org.). **Teoria Discursiva do Direito**. 1a. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. v. 1.

ALEXY, Robert. **Two or Three?**, in: Martin Borowski (Hg.), **On the Nature of Legal Principles**, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 119 (2010), S. 9-18.

ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**. Frankfurt am Main: Suhrkamp. 1991.

ARAÚJO, Cynthia Pereira de. **Nazismo e o conceito de não positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá. 2015.

ARAÚJO, Cícero. **Legitimidade, Justiça e Democracia: o novo contratualismo de Rawls**. Lua Nova nº 57. p. 73-85. 2002.

ARENDT, Hannah. **Eichmann in Jerusalem: a report on the banality of evil** / by Hannah Arendt. New York, USA; London: Penguin, 1977.

ARENDT, Hannah. **The human condition**. Chicago; London: University of Chicago, c1958.

ARENDT, Hannah. **The origins of totalitarianism**. New York, USA: Harcourt, Brace & World, c1966.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005.

BÄCKER, Carsten. **Begründen und Entscheiden**. 2 Aulf. Baden Baden: Nomos. 2012.

BÄCKER, Carsten. **Direito como razão institucionalizada?** Sobre a concepção teórico-discursiva do Direito de Robert Alexy, in: Revista Direito GV 14 (2018), P. 222-239.

BÄCKER, Carsten. **Gerechtigkeit im Rechtsstaat**. Tübingen: Mohr Siebeck. 2015.

BÄCKER, Carsten. **Menschenrechte zwischen Recht und Richtigkeit**, in: M. Borowski, S. L. Paulson, J.-R. Sieckmann (Hrsg.), **Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie**. Robert Alexys System, Tübingen: Mohr Siebeck 2017, S. 185-203.

BÄCKER, Carsten. **Outlines of a Relativistic Discourse Theory of Law**, in: J. Aguiar de Oliveira/S. L. Paulson/A. Travessoni Gomes Trivisonno, **Alexy's Theory of Law**, Stuttgart/Baden-Baden: Steiner/Nomos 2015, S. 11-22.

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

BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de filosofia política**. 4. ed. rev., aum. e modificada pelo autor. São Paulo: Atlas, 2011.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, c2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BÖCKENFÖRDE, E.-W. **Recht, Staat, Freiheit**. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag. 1991.

BOROWISKI, Martin. **A Doutrina da Estrutura Escalonada do Direito de Adolf Julius Merkl e sua Recepcao em Kelsen**. p. 129-183, in: Hans Kelsen. **Teoria Jurídica e Política**, J. Aguiar de Oliveira/A. Travessoni Gomes Trivisonno (Org.), Forense: Rio de Janeiro, 2013.

CARDOSO, Benjamin N. **Law and Literature and other essays and adresses**. New York: Hartcourt, Brace and Company. 1931.

CLARK, Gordon L. **Making moral landscapes**: John Rawls' original position *Political Geography Quarterly*. Volume 5, Issue 4, Supplement 1, October 1986, Pages S147-S162.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**: São Paulo: Editoria Método. 2006.

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

DUDEN. **Deutsches Universalwörterbuch**. 8. Aufl. Berlin: Dudenverlag. 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRATER MORA, Jose. **Dicionário de filosofia**. Porto: Centro Prof. Albuquerque e Castro. 1950.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. – 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

GAIDO, Paula. **O espaço da moral no Direito**: um diálogo entre Robert Alexy e Joseph Raz. In: In: *O Pensamento de Robert Alexy como Sistema*. 1ed. Rio de Janeiro: Forense - Grupo GEN, 2017, v. 1, p. 281-300.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: volume 1: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 10. ed. Petrópolis: Vozes, [2008].

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

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

HART, H. L. A. **Positivism and the Separation of Law and Morals.** Harvard Law Review 71(4), Feb 1958.

HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfaassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland.** 20. auf. Heidelberg: C. F. Müller. 1999.

HOBBS, Thomas. **Leviathan.** New York: Oxford University Press. 1996.

HOERSTER, Norbert. **En defensa del Positivismo Jurídico.** Barcelona: Gedisa. 2000.

HOERSTER, Norbert (Hrg). **Recht und Moral: Texte zur Rechtsphilosophie.** Stuttgart: Reclams Universal-Bibliothek, 2002.

HOERSTER, Norbert. **Was ist Recht?** Grundfragen der Rechtsphilosophie. München: C.H. Beck Verlag. 2006.

HÖFFE, Otfried. **O que é Justiça?** Porto Alegre: EDIPUCRS. 2003.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes.** Porto: Fundação Calouste Gulbenkian. 2005a.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes.** Lisboa: Edições 70. 2005b.

KANT, Immanuel. **Grundlegung zur Metaphysik der Sitten.** Stuttgart: Reclams Universal-Bibliothek, 2008.

KELSEN, Hans. **O que é Justiça?** 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre.** 2ª Aufl. Wien: Österreichische Staatsdruckerei: 1992.

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.

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

KELSEN, Hans. **The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence**. Harvard Law Review, Vol. 55, No. 1 (Nov., 1941), pp. 44-70.

KELSEN, Hans. **Was ist Gerechtigkeit?** Stuttgart: Reclams Universal-Bibliothek, 2016.

KORSGAARD, Christine M. **Creating the Kingdom of Ends**. New York: Cambridge University Press, 1996.

KRETSCHMANN, Ângela. **História crítica do sistema jurídico: da prudência antiga à ciência moderna**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LARENZ, Carl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOCKE, John. **Two treatises of government**. rev. ed. New York: New American, c1960.

MAGALHAES, J. L. Q.. **Entrevista para o programas Pensamento Jurídico da AMAGIS**, sobre o novo constitucionalismo democrático latino americano. 2014. (Programa de rádio ou TV/Entrevista).

MAGALHAES, J. L. Q.. **O novo constitucionalismo latino-americano 2 - ruptura - diversidade**. Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, v. 28, p. 10-19, 2016.

MAGALHAES, J. L. Q.. **O Estado Plurinacional e o novo constitucionalismo latino americano**. 2011. Disponível em <http://joseluizquadrosdemagalhaes.blogspot.com/>. Acesso em 15/11/2018

MAGALHAES, J. L. Q.. **O novo constitucionalismo latino americano**. 2013. Disponível em <http://joseluizquadrosdemagalhaes.blogspot.com/>. Acesso em 15/11/2018

MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. **Elementos de teoria geral do direito**: para os cursos de introdução a ciência do direito. Belo Horizonte: Vega, 1976.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo, SP: Saraiva, 2015.

MERLE, Jean-Christophe. Restrições culturais universais aos direitos humanos. In: Teoria Crítica e Justiça Social. Florianópolis: NEFIPO, 2012.

MERLE, Jean-Christophe. Cultural minority rights of the majority in the liberal state. In: Ratio Juris. Vol. 11 No. 3 Sep 1998 (259/271). Journal compilation © 2008 Blackwell Publishing Ltd.

MERLE, Jean-Christophe . Quanto à falta de uma fundamentação última. Observações sobre uma premissa implícita da justiça comutativa e da ética do discurso. Revista Trimestral de Filosofia da PUCRS, v. 46, p. 517-525, 2001.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

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

NAVA TOVAR, Alejandro. **La institucionalización de la razón la filosofía del derecho**. Ciudad del México: Anthropos. 2015.

OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. **A Injustiça Extrema e o Conceito de Direito**. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette. (Org.). **Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito**. 1ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, v. 1, p. 139-171.

OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; TRIVISONNO, Alexandre T. G. **Hans Kelsen: teoria jurídica e política**. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2013.

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

PAULSON, Stanley. **Reflexões sobre a Periodização da Teoria do Direito de Hans Kelsen** – Com Pós-Escrito Inédito. In: Hans Kelsen. *Teoria Jurídica e Política*, OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; TRIVISONNO, Alexandre T. G. (Org.), Forense: Rio de Janeiro, 2013.

PERELS, Joachim (Hgb). **Grundrechte als Fundament der Demokratie**. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1979.

von der PFORDTEN, Dietmar. **Menschenwürde**. München: C. H. Beck, 2016.

von der PFORDTEN, Dietmar. **Rechtsphilosophie: eine Einführung**. München: C. H. Beck. 2012.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Grundrecht Staatsrechte II**. 20. auf. Heidelberg: C. F. Müller. 2004.

PLATÃO. **A república**. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

POGGE, Thomas. **John Rawls: His Life and Theory of Justice**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

RADBRUCH, Gustav. **Cinco minutos de filosofia do direito**. In: RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Coimbra: Arménio Amado – Editor, 1979. Apêndice II. p. 415–418.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la filosofía del derecho**. México: Fundo de Cultura Económica, 1951.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à Filosofia do Direito**. Tradução e introdução de Jacy de Souza Mendonça. 2005 Disponível em: acesso em 20 nov. 2018.

RADBRUCH, Gustav. **Relativismo y derecho**. 2. ed. Bogotá: Editorial Themis S.A., 2009.

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

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

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. **Razão Prática e Normas**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora. 2010.

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.

RAWLS, John. **Law of the Peoples**. Cambridge: Harvard University Press. 1999.

RAWLS, John. **Justiça como Equidade**. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

RAWLS, John. **O liberalismo Político**. São Paulo: Editoria Ática. 2000a.

RAWLS, John. **Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes. 2000b.

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

SCHABER, Peter. **Menschenwürde**. Stuttgart: Reclams Taschenbuch. 2012.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014.

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.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas / Lenio Luiz Streck**. – 5. ed. ver., mod. e ampl. - São Paulo : Saraiva, 2014.

TOLEDO, Cláudia. **O Pensamento de Robert Alexy como Sistema - Argumentação Jurídica, Direitos Fundamentais, Conceito e Validade do Direito**. In: O Pensamento de Robert Alexy como Sistema. 1ed.Rio de Janeiro: Forense - Grupo GEN, 2017, v. 1, p. 28-46.

TRIVISONNO, Alexandre. (Org.); MERLE, Jean-christophe (Org.). **A moral e o direito em Kant - ensaios analíticos**. 1. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

TRIVISONNO, Alexandre; Merle, Jean-christophe. (Org.). **A moral e o direito em Kant - ensaios analíticos**. 2.ed. Caxias do Sul: Educs. 2015.

TRIVISONNO, Alexandre. **O Fundamento de Validade do Direito - Kant e Kelsen**, 2a. edição ampliada. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. v. 1.

TRIVISONNO, Alexandre. **Pós-Positivismo Jurídico**. In: Alexandre Travessoni; Cristiane Caetano; Giltônio Santos; Livia Franco; Mara Pena; Mauro Barros; Paula Cury; Tiago Mosci. (Org.). **Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito**. São Paulo: Editora LTr, 2011, v. 1, p. 319-323.

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, p. 295-310.

TRIVISONNO, Alexandre. **Kant e o pos-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 T. G.; SALIBA, Aziz Tuffi (Org.); LOPES, Mônica Sette (Org.). **Princípios Formais e Outros Aspectos da Teoria Discursiva do Direito**. 1a. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. v. 1.

TRIVISONNO, Alexandre T. G. **Princípios jurídicos e positivismo jurídico: as críticas de Dworkin a Hart se aplicam a Kelsen?**. In: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno; Júlio Aguiar de Oliveira. (Org.). **Hans Kelsen - Teoria Jurídica e Política**. 1ed.Rio De Janeiro: Forense Universitária, 2013, p. 185-212.

WOLCHER, Louis E. Wolcher. **Limits of Reason in Legal Interpretation**. In: **Law's Task: The Tragic Circle of Law, Justice and Human Suffering** (Ashgate 2008).