

2 Positivismo Jurídico

2.1 Vertentes do positivismo

Diversos teóricos, embora se autodenominem positivistas jurídicos, defendem as mais diferentes concepções de direito. Entretanto, salienta Struchiner, não basta uma rotulagem temática para se atestar de modo apropriado tal ou qual pensamento jurídico. Faz-se necessário esmiuçar e destacar critérios objetivos para que determinada doutrina seja classificada adequadamente conforme o rótulo que se quer estampar. Com efeito, para o autor, se por um lado não há maiores dificuldades para se identificar as teses que definem o jusnaturalismo, no que diz respeito ao positivismo jurídico, há uma maior dificuldade de identificação, posto que a expressão “positivismo jurídico”, citando Genaro Carrió, seria extremamente ambígua.⁷² Na sequência, respaldado nos ensinamentos de Carlos Santiago Nino, Struchiner os complementa de modo a ressaltar que a amplitude terminológica é pródiga em lançar más-interpretações e equívocos doutrinários:

O termo geral classificatório “positivismo jurídico” é utilizado para se referir a posições inconsistentes, a posições que muitas vezes foram explicitamente rechaçadas por aqueles que são considerados os principais expoentes do positivismo, e a posições que muitas vezes foram defendidas pelos positivistas, mas não como teses essenciais ou características da posição positivista (NINO, 1999, p.130) (trata-se de teses incidentais ou contingentes). Tal espécie de ambigüidade funciona como um obstáculo para a argumentação filosófica. O tipo de ambigüidade que envolve o rótulo geral classificatório “positivismo jurídico” é uma fonte de perplexidades. De nada adianta criticar alguém por ser um positivista sem complementar tal afirmação indicando em que sentido ele é um positivista. Na falta de tal complementação, o rótulo existe em vão.⁷³

⁷² STRUCHINER, Noel. *In: Para Falar de Regras. O Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. Puc-Rio, 2005, p. 25; MACCORMICK, Neil. In: *Natural Law Reconsidered*. Oxford Journal of Legal Study. 1981, p. 99. Já no início do artigo, MacCormick assevera que “‘Natural Law’ is a term so rich in ambiguities as to be rivalled only by ‘Positivism’” (“‘O Direito Natural’ é um termo tão rico em ambigüidades que só pode ser comparado com o ‘Positivismo’”). Muitas das falsas controvérsias entre as teorias positivistas e jusnaturalistas decorrem exatamente das ambigüidades que existem no âmago dessas correntes impedindo-nos de perceber a sintonia entre algumas conclusões do jusnaturalismo clássico e do positivismo jurídico contemporâneo.*

⁷³ *Ibid.*, pp. 25-26.

Struchiner questiona a falta de uma abordagem mais adequada em relação ao positivismo, uma vez que, nesse plano teórico, muitas das teses que se classificam como positivistas não encontrariam nenhum respaldo em argumentos consistentes.⁷⁴ Assim, no cenário jurídico, não bastaria a mera afirmação de pertencimento à certa categoria de pensamento juspositivista - e mesmo jusnaturalista, poderíamos estender -, fazendo-se imprescindível uma explicação do “sentido em que se é positivista”. Isso ocorre porque são apontadas como positivistas certas correntes de pensamento cujo conteúdo foi absolutamente rechaçado pelos maiores expoentes do próprio positivismo jurídico e, ainda, porque determinadas características criticadas tão intensamente pelos opositores do positivismo jurídico, notadamente autores pós-positivistas, não correspondem à essência dessa doutrina, sendo-lhe apenas periféricas ou contingentes, jamais centrais e não raro nunca terem sido defendidas em uma obra sequer de autores positivistas.

Como resultado dessa constatação, tem-se que não é suficiente afirmar-se positivista, faz-se imprescindível demonstrar os pontos que, de fato, permitem essa rotulação. Hart foi o primeiro a fazer uma filtragem de modo a permitir que se destacassem quais teses ou fatores podem, realmente, ser classificados como positivistas.⁷⁵ Impulsionados pelo gênio de Hart, positivistas jurídicos de diversas nacionalidades (Bobbio, Ross, dentre outros) encontraram-se na cidade italiana de Bellagio, em um seminário a fim de elucidar o conceito de positivismo jurídico e, a partir disso, as balizas do que poderia ser etiquetado com essa nomenclatura.

A fim de trazer à tona as teses positivistas, esboçadas nos debates de Bellagio, nada melhor do que nos valer de estudos de juspositivistas

⁷⁴ É sintomático que juristas comprometidos com a coerência, mesmo que em tudo discordem, atentam para o fato de é preciso apontarem-se os elementos objetivos que caracterizam determinada corrente de pensamento. Struchiner, como um positivista conceitual, e Finnis, como um jusnaturalista, ressentem-se - e, ao meu entender com razão - com a imprecisão com a qual os críticos às suas doutrinas as abordam. Chega-se à conclusão de que é imprescindível, embora não seja fácil, aplicar terminologias precisas e eliminar os véus que se criam, a fim de se descobrir o que, de fato, contrapõe o positivismo jurídico ao jusnaturalismo ou vice-versa.

⁷⁵ HART. H.L.A. In: *Positivism and Separation of Law and Moral*”. Harvard Law Review, vol. 71, nº 4, 1958.

preocupados com a precisão terminológica.⁷⁶ Desse modo, devemos atentar para as obras que Struchiner sugere como referência no assunto. Segundo afirma, existem quatro trabalhos que primam pela clareza e pela precisão na distinção dentre as principais teses atribuídas aos positivistas jurídicos, pelos opositores dessa doutrina, e que fornecem os elementos necessários e suficientes para que alguém possa se auto-afirmar adepto dessa corrente. São elas: “*Derecho y Lenguaje*” de Genaro Carrió; “*Introducción al Análisis del Derecho*”, de Carlos Santiago Nino; o artigo “*Discussión entre el Derecho Natural y el Positivismo Jurídico*” de Martin D. Farrel e, por fim; “*Legal Positivism: 5 ½ Myths*” de John Gardner.⁷⁷

Nessa empreitada de esclarecimento pode-se, conquanto que de maneira breve, definir quatro tendências apontadas como juspositivistas, ainda que, no fundo possam apresentar certas contradições. Mais adiante serão analisadas as notas de cada uma dessas tendências e se descreverá como efetivamente positivista a corrente que leva em conta para a validade jurídica não critérios axiológicos, mas de fonte.

2.2 Divergências efetivas

Visto que o direito positivo, ainda que injusto, é tido como direito válido na teoria de Finnis - que por conta disso, chega a ser considerado por alguns autores como um positivista normativo ou conceitual -, não há como ignorar que o referido autor trouxe elementos que propiciam um diálogo mais transparente entre os teóricos de ambas as vertentes doutrinárias - mesmo se admitirmos que essa dicotomia jamais será dirimida.⁷⁸ De fato, embora os lineamentos de Finnis não logrem afastar nem mesmo as divergências encontradas entre os autores que se titulam jusnaturalistas (Ralph McInerny, Russell Hittinger, Lloyd Weinreb e Henry Veatch, para apenas citarmos alguns), é inquestionável

⁷⁶ STRUCHINER, Noel. Para Falar de Regras. O Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. PUC-Rio, 2005, pp. 27.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ LEGARRE, Santiago. In: *El Concepto de Derecho em John Finnis. Persona y Derecho*, Pamplona, v. 10, 1999, nota de rodapé n° 19, p. 73.

que trazem luz ao debate e contribuem para desfazer sofismas e mal-entendidos que pululam em ambos os movimentos doutrinários.⁷⁹

Deve-se ter em mente, lembre-se, que os jusnaturalistas não ignoram a existência nem a necessidade do direito positivo, ao passo que os positivistas jurídicos reputam ser o direito positivo suficiente para explicar integralmente o fenômeno jurídico. Entretanto, seguindo a teoria clássica do direito natural, que vem sendo construída desde Platão e fora aperfeiçoada de modo exponencial por Tomás de Aquino, é importante registrar-se que Finnis, ainda que de um modo um tanto quanto peculiar, não abandona a noção de que há bens absolutos (e incomensuráveis) aptos a serem compartilhados por todos os grupamentos sociais existentes.⁸⁰

Para esses teóricos, o direito positivo, embora indubitavelmente tenha como fonte direta a autoridade humana,⁸¹ é derivado do direito natural e tem por missão implementar uma ordem jurídica justa e em conformidade com os ditames da moral, ou segundo Finnis, dos requisitos básicos da “razoabilidade prática”, que nos fornecem os parâmetros para verificar se a escolha dos bens básicos humanos foi boa e não má. Isso não quer significar que a moral se confunda com o direito. A separação entre moral e direito é reconhecida pelos jusnaturalistas. Se essa separação é indiscutível, os jusnaturalistas não admitem, entretanto, que o direito seja editado clara e deliberadamente contra os princípios morais.

A tradição clássica do direito natural, designadamente a partir de Aquino, admite que o direito positivo possa estender seus efeitos além dos limites

⁷⁹ GEORGE, Robert P. *In: In Defence fo Natural Law*. Oxford: Oxford University Press, 1999, pp. 32, 83-84. George apresenta as críticas dos quatro tomistas mencionados nesse parágrafo ao jusnaturalismo de Finnis, Grisez e Boyle. Basicamente, afirmam que a teoria deles falha por abandonar a compreensão “ontológica” do direito por uma compreensão “deontológica”. Por outro lado, para esses quatro autores, o direito natural deve decorrer da ideia de “natureza” que, por sua vez, é normativa, considerando a posição do homem no cosmos, da qual derivam os preceitos de como deve-se agir.

⁸⁰ Ainda que haja incontáveis combinações de concepções de vida boa e digna, como já ponderado mais acima.

⁸¹ É lugar comum entre os positivistas jurídicos, a conclusão de que o positivismo jurídico descritivo é capaz de explicar a natureza do direito com fundamento apenas nos fatos sociais isoladamente, sem precisar contar com nenhum conteúdo valorativo

esquadrinhados pelo direito natural, a fim de regular a vida em comunidade em setores que pouco tem a ver com qualquer concepção moral. Exemplo disso são as regras de trânsito em que pouco importa moralmente se o estabelecido é dirigido pela direita ou pela esquerda. Por outro lado, entende essa tradição doutrinária, que o direito positivo não pode ter a pretensão de regular todos os aspectos que são abarcados pelo direito natural e que são acatados de modo voluntário pelo homem virtuoso.⁸² Ademais, mesmo os jusnaturalistas da vertente clássica admitem que o direito positivo ou “positivado” nem sempre se conforma perfeitamente ao direito natural, podendo ser injusto e não seguir fielmente os princípios deste último.⁸³ Nesses termos, para Aquino, o direito positivo continuaria sendo direito, conquanto corrompido ou defectivo.⁸⁴ Desta feita, fica claro que Tomás de Aquino, a figura tida como paradigmática do jusnaturalismo, jamais deixou de enfatizar a importância do direito positivo. Muito pelo contrário, as noções de direito e de lei por ele desenvolvidas irão contribuir para as mais diversas concepções que se tem sobre o assunto, malgrado a subsistência de imprecisões que ainda permeiam o tema e são resultado de sua complexidade e do emprego de uma terminologia rica e sofisticada, muito difícil de se manejar.⁸⁵

Vale destacar, que a teoria de Tomás Aquino tem a acuidade de distinguir os termos “direito natural”, “lei natural”, “lei eterna” – esses três amiúde utilizados indiscriminadamente - e “direito positivo”. Há que se observar, que a visão de Aquino é holística e não trata o direito de modo apartado da ética e da filosofia política. Todavia, para o que nos é relevante neste momento, não nos interessa determos-nos em cada uma das nuances atinentes a esses termos, considerando-se o objetivo do presente trabalho. Saliente-se, que Aquino não deixa de fazer distinção entre direito natural, consubstanciado na “reta razão”, e o

⁸² MURPHY, Mark C. *In: Natural Law in jurisprudence*, p.243, n.r. nº 15, citando AQUINO, ST I-II q. 96 a.2.,

⁸³ AQUINO. Tomás ST q. 92 a.1, q. 95 a.2 e q.96 a.4.

⁸⁴ FINNIS, John M. *In: Lei Natural e Direitos Naturais*. São Leopoldo: Unisinos, 2006, pp. 347-350.

⁸⁵ Para estudar os textos de Aquino devemos levar em conta a ferramenta doutrinária do “Significado Focal”, que nos permite evitar confusões sobre os termos empregados e o contexto de sua aplicação. O seu desconhecimento nos faz desprezar as sutilezas doutrinárias de Aquino e compromete uma discussão mais acurada sobre o direito, mesmo que sobre aspectos considerados *prima facie* mais simples.

direito positivo.⁸⁶ Ele explica que o direito positivo não consegue representar todas as normas do direito natural, posto que não é possível antever e obstar todos os vícios dos quais um homem “virtuoso” deve se abster. Por outro lado, como dito, tampouco todas as normas presentes no direito positivo necessariamente derivam do direito natural.⁸⁷

O direito, para que seja reconhecido em toda sua extensão, deve adequar-se ao grau de moralidade alcançado por determinada sociedade, considerando-se, como parâmetro, a maioria da população ou, ao menos, os nichos sociais mais relevantes, dependendo da estruturação social encontrada em dada comunidade política. Nem mesmo os “fundadores” do positivismo jurídico - Jeremy Bentham e John Austin - negaram essa afirmação, posto que reconhecem que o direito positivo está, no mínimo, condicionado ao “princípio da utilidade”. Nesse sentido, valorando-se a relação custo/benefício dos resultados da aplicação do direito, é permitido aos indivíduos a ele submetidos perceberem que o direito não é útil, relevando-se os objetivos para os quais ele foi promulgado e admite-se que não seja cumprido em sua plenitude.⁸⁸ Esse emprego do “princípio da utilidade” consagrado pelos utilitaristas não deixa de ser uma forma de afastamento do direito positivo em virtude da imposição de um valor.⁸⁹

Nesse diapasão, os autores em referência, consideram que “devemos obedecer o direito, a menos que ele seja tão prejudicial que a lesão

⁸⁶ FINNIS, John M. *In: “Direito Natural em São Tomás de Aquino: Sua Reinserção no Conceito do Juspositivismo Analítico”*. Tradução de Leandro Cordioli, revisão Elton Somensi de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, pp. 71-80.

⁸⁷ FINNIS, John M. *In: Lei Natural e Direitos Naturais*. São Leopoldo: Unisinos, 2006, pp. 276/277; AQUINO, Tomás. *In: “S.T. I-II q. 96, a. 2.; - “determinationes” - Analogia entre o direito natural/direito positivo e arquitetura/artífice (legislador)*. A arquitetura fornece a ideia geral da “coisa” (i.e. maçaneta, as medidas limítrofes de uma porta), ao passo que o artífice (legislador) tem a escolha das dimensões e traços particulares que ele pode discriminar, considerando as condições apresentadas e os objetivos perseguidos. Sucede o mesmo com o direito positivo e o direito natural, partindo da premissa que este, preexistente, fornece a ideia geral da qual aquele derivará e adequará às necessidades do contexto em que será aplicado.

⁸⁸ MCLAUGHLIN, Robert N. *In: On the Similarity Between Natural Law Theories and English Legal Positivism*. The Philosophical Quarterly, vol. 39, 1989, p. 452.

⁸⁹ BENTHAM, Jeremy. *In: Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*. Os Pensadores. Jeremy Bentham e John Stuart Mill. São Paulo: Victor Civita, 1979, p. 5 e 6. “Por princípio da utilidade entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa outros termos, segundo a tendência a promover ou a comprometer a referida felicidade. Digo qualquer ação, como tenciono dizer que isto vale não somente para qualquer ação de um indivíduo particular, mas de qualquer ato ou medida de governo”.

ocasionada pela sua desobediência seja menor que a resultante de seu cumprimento”. Se ocorrer a hipótese em que já se sabe, de antemão, que aplicabilidade do direito gerará maiores prejuízos que benefícios, haverá a carência das características típicas do direito positivo, vale dizer, justificativa moral e valor normativo.⁹⁰

Conforme observado por Robert McLaughlin, Bentham e Austin estão de acordo com Aquino no sentido de que o direito positivo pode continuar a existir como um direito positivado pela instituição humana, mas sem a força moral que o direito deve impor, porquanto “há um grupo de prescrições e permissões anteriores ao direito que privam o direito positivo de seu *status* obrigacional”.⁹¹ A

⁹⁰ MCLAUGHLIN, Robert N. In: *On the Similarity Between Natural Law Theories and English Legal Positivism*. The Philosophical Quarterly, vol. 39, 1989, pp. 445-62. Do texto original: “**Bentham and Austin expressly allow the thesis. They say that we ought to obey the law unless it is so harmful that the suffering occasioned by its breach is less than that which would result from its fulfilment. This implies that we may be required to obey laws, because they are laws, which enjoin the performance of acts which are wrong on utilitarian grounds and which would be forbidden were it not that punishment for the transgression of bad laws would involve the community in greater suffering than that resulting from their observance - acts are obligatory, because law, even though the balance of utility favours their non-performance. Both Austin and Bentham fail to see that this claim requires a special justification which, on the face of it, may be non-utilitarian: they both say that such acts are obligatory; the utilitarian course of keeping non-compliance secret with a view to the avoidance of punishment is not recommended.**” (tradução: “Bentham e Austin expressamente aceitam a tese. Eles dizem que devemos obedecer o direito a menos que ele seja tão prejudicial, que o sofrimento ocasionado por sua transgressão seja menor que aquele que poderia resultar de seu cumprimento. Isso implica que devemos ser chamados a obedecer ao direito, porque ele é direito, o que recomenda o desenvolvimento de condutas eu são erradas sob fundamentos utilitários e que seriam proibidos a punição pela transgressão de um direito ruim envolvesse a comunidade em grande sofrimento do que aquele que seria resultante de sua observância – condutas são obrigatórias, por conta do direito, ainda quando o equilíbrio da sua utilidade favoreça sua não realização. Tanto Austin como Bentham, falham em ver que essa alegação requer uma especial justificação que, perante ela, deve ser não utilitária: Ambos dizem que atos que tais são obrigatórios; o caminho utilitário de manter em segredo a não conformidade com uma visão de afastar a punição não é recomendada”) (destaques meus)

⁹¹ *Ibid.* p. 446. No original: “**This is that although one cannot say, without qualification, that positive laws always impose duties, still, given the presence of certain minimum moral conditions, a rule, notwithstanding that it may not be a rule of common morality, determines a duty if it is a positive law. I do not maintain that the minimum conditions are the same for natural lawyers and legal positivists or that natural lawyers and legal positivists always agree among themselves as to the content of these conditions. I assert rather that for each theory of legal duty, and whether the theory is to be described as expressing a natural law or positivist point of view, there is a group of pre-legal prescriptions and permissions, inconsistency with which deprives positive laws of their obligatory status. And for each type of theory, a positive law which does not violate the minimum conditions does impose a duty.**” (traduzindo: “Isto é desta forma embora não se possa dizer, sem qualificação, que direito positivo sempre impõem deveres, ainda, dados na presença de determinadas condições morais mínimas, uma regra, apesar de que possa não ser uma regra de moral comum, determina um dever se ele é um direito positivo. Eu não mantenho que as condições mínimas são as mesmas para juristas jusnaturalistas e positivistas juristas ou que jusnaturalistas e positivistas jurídicos sem re concordam entre eles mesmos como para o conteúdo dessas condições. Eu assevero mais em favor que para cada teoria de dever jurídico, e se a teoria é

essa mesma conclusão chega Finnis ao sustentar que os bens básicos são pré-morais, na medida em que podem ser alcançados por meio de más escolhas, quando realizados, nessas hipóteses, em desconformidade com a moral, cuja observância demanda o cumprimento dos requisitos básicos da “razoabilidade prática”.⁹²

Vê-se, portanto, que uma perspectiva “descritiva” do que seria direito não é algo que tenha passado despercebido por antigos pensadores e que tenha sido uma “descoberta” da “modernidade”. A pretensão de descrever o direito é algo trabalhado desde priscas eras, mas que vem sofrendo inúmeras distorções. Podemos concluir, portanto, que uma teoria jurídica rigorosa, ainda hoje, merece tratamento mais adequado.

Não é uma questão, como mencionado anteriormente com base em Struchiner, de se adotar um “rótulo” e escolher um lado nas trincheiras, mas de verificar quais são “as teses fundamentais dessas duas correntes de pensamento sobre o direito”.⁹³ Tal tarefa fica mais complexa, quando nos deparamos com as teorias expostas por Finnis, que nos parece apontar para a noção de que as controvérsias estão longe de ser dirimidas. Aparando algumas arestas, chega-se às teses básicas do positivismo que, numa leitura atual, pode-se dizer que se resume: (i) à tese das fontes sociais, segundo a qual, a existência do direito depende exclusivamente de fatos sociais; e (ii) à tese da separação conceitual entre direito e moral.⁹⁴

Entretanto, ao passo que os cientistas jurídicos que se autodenominam positivistas possivelmente não vejam nenhuma controvérsia

para ser descrita como expressando um direito natural ou um ponto de vista positivista, há um grupo de prescrições pré-jurídicas e permissões, inconsistências com o que privam o direito positivo de seu *status* obrigatório. E por esse tipo de teoria, um direito positivo que não viole as mínimos condições de para impedir um dever”) (destaques meus).

⁹² FINNIS, John M. *In: Lei Natural e Direitos Naturais*. São Leopoldo: Unisinos, 2006, pp. 105-135.

⁹³ STRUCHINER, Noel. *In: Para Falar de Regras. O Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito*. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. Puc-Rio, 2005, pp. 25-26.

⁹⁴ ALVAREZ, Alejandro. B. *In: Teses básicas do Positivismo e suas críticas ao Jusnaturalismo*. *Lex Humana*, nº 2, 2009, pp. 13-14.

relevante entre suas teorias e a de Finnis⁹⁵ - considerando que a de Finnis, na esteira de Aquino, se acomoda de certo modo, a tais teses positivistas -, o que diferenciaria o pensamento de Finnis dos positivistas contemporâneos é que aquele tem a finalidade de demonstrar que o positivismo jurídico não é apto, por si só, a conferir uma explicação plausível acerca da capacidade de um direito válido fornecer “razões para a ação independentes de conteúdo.”⁹⁶

Nesses termos, embora o jurista Brian Leiter sustente que o jusnaturalismo não tenha um mérito epistêmico maior que o positivismo jurídico⁹⁷ - porquanto não pode ser totalmente explicado, segundo Leiter, sem apelar de alguma maneira à moralidade, o positivismo jurídico -, por sua vez, também parece não apresentar outro atributo que “supere” a teoria do direito natural já balizada por Aquino e adotada em grande parte por Finnis.

O jusnaturalismo no modelo finnisiano tem a pretensão de justificar a “normatividade única do direito”, o que nenhuma das vertentes positivistas do direito se propõe a fazer, senão a partir de Hart.⁹⁸ Disso, podemos concluir, que não haveria uma efetiva incompatibilidade entre as correntes positivistas contemporâneas e o jusnaturalismo na sua “leitura fraca finnisiana”, o que confere uma vantagem, ao menos em parte, a essa última.

Finnis, devemos reforçar, busca não se perder nas suas críticas ao positivismo jurídico, em caricaturas e simplificações que mais projetam sombras do que luzes sobre o tema. Para isso, o autor respeita as auto-designações dos positivistas jurídicos, esclarecendo, pontualmente, qual assertiva específica de determinado teórico com o qual está debatendo, ao invés de tecer comentários

⁹⁵ HART, H.L.A. *In: Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford Clarendon Press, 1983, *Introduction*, pp. 16-18.

⁹⁶ RAZ, Joseph. *In: A Moralidade da Liberdade*. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus Jurídico, 2010, p. 33.

⁹⁷ LEITER, Brian. *In: Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudenc*. American Journal of Jurisprudence, vol. 48, 2003, p. 34.

⁹⁸ HART, H.L.A. *In: O Conceito de Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 5ª edição, 2007, pp. 89-109. A partir de Hart, a maioria dos teóricos do direito, concordam que para que uma teoria jurídica tenha sucesso, deve levar em conta pelo menos duas características: a validade jurídica e a normatividade única do direito. Em Hart, a primeira é representada pelas regras primárias e secundárias, enquanto a segunda busca-se explicar pela perspectiva do “ponto de vista interno”.

sobre uma categoria teórica geral ou sobre certa tradição doutrinária.⁹⁹ Com esse intuito, torna o debate mais leal e pontual, o que se faz mais proveitoso, metodologicamente, para a teoria do direito.¹⁰⁰

Para o que nos interessa no presente trabalho, uma “teoria da normatividade do direito” visa explicar como o direito enquanto direito pode fornecer ou, ao menos buscar fornecer, razões para aqueles a ele submetidos obedecer-no. Via de consequência, tanto o jusnaturalismo quanto o positivismo jurídico, sendo teorias gerais sobre a natureza do direito, intentam prover a teoria mais adequada sobre a validade e a normatividade do direito. Outros autores preferem tratar esse aspecto como uma questão de “autoridade” do direito. A teoria de Finnis não parece discordar com a ideia de que o direito tem como função típica fornecer, por si só, uma “razão” para que uma autoridade aja, independentemente da valoração moral de seus méritos.

Apesar das dificuldades implicadas nessa forma de compreender o direito natural, tendo em vista - diga-se mais uma vez - a confusão terminológica, é importante não confundir a “teoria jurídica” do direito natural com a “teoria moral” do direito natural. Philip Soper, em artigo escrito em 1992 sob o título “*Some Natural Confusions About Natural Law*” (“Algumas Confusões Sobre o Direito Natural”) discorre especificamente sobre essa confusão e os motivos (históricos, etimológicos e conceituais) que a geraram. No entanto, muito embora

⁹⁹ FINNIS, John M. *In: On The Incoherence of Legal Positivism*. Notre Dame Law Review, pp. 1597-1612 e 1999-2000. Nas suas próprias palavras, o autor avalia que: “*In this brief Essay I note various features of legal positivism and its history, before trying to identify this incoherence at its heart. I do not mean to renege on my belief that reflections on law and legal theory are best carried forward without reference to unstable and parasitic academic categories or labels, such “positivism” (or “liberalism” or “conservatism,” etc.). I use the term for convenience, to pick out a loose family of theory or theorists who are part of our contemporary conversation and who have used the term to describe their own theories, or legal theories of writers they wish us to admire.*” (Neste breve ensaio noto várias características do positivismo jurídico e sua história, antes de tentar identificar esta incoerência em seu núcleo. Eu não quero renegar minha crença de que as reflexões sobre o direito e a teoria jurídica são melhores transportadas sem referência às instáveis e parasitárias categorias acadêmicas ou rótulos, tal qual “positivismo” (ou “liberalismo” ou “conservadorismo”, etc.) Eu uso o termo por conveniência, para escolher uma família flexível de teorias ou teóricos que fazem parte do nosso debate contemporâneo e **que têm utilizado o termo que descreve suas próprias teorias ou teorias jurídicas de escritores que pretendem que admiremos.**) (destaquei)

¹⁰⁰ Note-se aqui, mais uma vez, a coincidência entre Finnis e Struchiner no que toca à perplexidade acerca da rotulação e a falta de honestidade em que o tema frequentemente é tratado.

não haja divergência entre os pensamentos finnisiano e positivista acerca da distinção existente entre a teoria jurídica e a teoria moral, Finnis não admite a possibilidade de se estudar as duas teorias separadamente, posto que ambas são representações da mesma realidade: a “razoabilidade prática”. No ponto, é oportuno transcrever o que o autor resume como sua concepção de direito natural:¹⁰¹

- (i) um conjunto de princípios práticos básicos que indica as formas básicas de florescimento humano como bens a serem buscados e realizados, e que é de uma forma ou de outra usado por todos os que ponderam acerca do que fazer, por mais que sejam infundadas as suas conclusões;
- (ii) um conjunto de requisitos metodológicos básicos de razoabilidade prática (ela mesma uma das formas básicas de florescimento humano) que distingue entre o pensamento prático bem fundado e infundado e que, quando são todos empregados, fornecem os critérios para distinguir entre atos que (sempre ou em circunstâncias particulares) são razoáveis levando-se tudo em consideração (e não apenas em relação a um propósito particular) e atos que são desarrazoados levando tudo em consideração, isto é, entre modos de agir que são moralmente certos ou moralmente errados – permitindo, dessa forma, que se formule;
- (iii) um conjunto de padrões morais gerais.

Aqui é necessário trazer de novo à luz a relação existente entre o direito e a moral e, por consequência lógica, a análise da “zona cinzenta” que há entre ambos. Por tratarmos aqui da visão “finnisiana” sobre o tema, temos que essas tarefas podem e devem ser realizadas tanto no âmbito da “ética” e da “filosofia política”, como no da “ciência jurídica”. Desse modo, é importante especificarmos os distintos matizes do jusnaturalismo nos moldes fornecidos pelo professor Mark C. Murphy, já citados de passagem. A importância do que diz Murphy a respeito da classificação por ele elaborada é que adota como critério a graduação existente entre o “direito positivo” e a “moral propriamente dita” e compreende ambas as espécies normativas numa normativa que, pode-se dizer, é o direito natural em “sentido amplo”. Segundo essa concepção, o brocardo “*lex iniusta non est lex*” assume significados distintos, conforme é possível se extrair da sequência:¹⁰²

¹⁰¹ FINNIS, John M. *In: Leis natural e Direitos Naturais*. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 37.

¹⁰² MURPHY, Mark C. *In: Natural Law Jurisprudence. in Cambridge Journals*, pp. 244-255, <http://journal.cambridge.org>, acessado em 27 de abril de 2011. Embora em outras ocasiões o autor utilize as expressões “*natural law’s weak thesis*”, “*natural law’s moral thesis*” e “*natural law’s moral thesis*” e “*natural law’s strong thesis*” (“tese fraca do direito natural”, “tese moral do direito natural” e “tese forte do direito natural”, respectivamente, no artigo em questão Murphy

- (i) **Tese do direito natural forte:** o brocardo “*no est lex*” é verdadeiro – um “direito” injusto não pode ser descrito adequadamente como direito;
- (ii) **Tese do direito natural moral:** o brocardo “*no est lex*” é falso – um “direito” injusto pode ser identificado apropriadamente num sentido puramente descritivo, mas, entretanto, falha em fornecer razões morais para que os indivíduos se comportem em conformidade com ele;
- (iii) **Tese do direito natural fraco:** o brocardo “*no est lex*” é verdadeiro mas somente por causa dos distintos caminhos nos quais a norma pode ser um direito – um “direito” injusto pode ser adequadamente descrito como direito mas, sendo injusto, é um direito defectivo.

Segundo Murphy, a teoria do “direito natural moral” sustenta que o direito injusto, embora permaneça com o *status* de “direito”, não fornece razões práticas para a ação. As duas outras teorias relativas ao direito natural, a tese “forte” e a tese “fraca”, concordam que, em certo ponto, é a “razoabilidade prática” e não a “razão teórica” (ou especulativa) que é exigida para se determinar se dada norma é direito ou não, enquanto a teoria moral do direito natural sustenta que a razão teórica ou especulativa é suficiente para tanto.¹⁰³

A justiça da norma, na teoria de Finnis, não é tida como critério que indique se uma regra é ou não direito. O autor não pensa dessa forma, tendo em vista ser consciente da dificuldade de se descrever o que é justo de modo meramente abstrato. Ao contrário, Finnis afirma que o direito, ainda que de certo modo “injusto”, cria uma obrigação para agir, e, observando as dinâmicas sociais, não nos parece difícil discordar com o referido autor. Nesse sentido, Finnis apresenta Hart como o paradigma positivista e exemplifica que o direito que cria uma injustiça superficial ou pontual (*slight*) não seria suficiente para retirar da norma o seu conteúdo obrigacional de forma a permitir a afirmação de que deixou de fornecer boas razões para agir em sua conformidade.

Finnis pondera que a autoridade, na sua função de administrar (“coordenar a vida em comunidade”) é incumbida de resolver problemas de “coordenação”. Para tanto, exige-se da autoridade instituída a tomada rápida de decisões¹⁰⁴ e que , eventualmente, se não totalmente injustas, ao menos

emprega a expressão “*weak reading*”, “*moral reading*” e “*strong reading*”, “*of natural Law*” (“a tese leitura forte”, “a tese da leitura moral” e “a tese da leitura fraca”, do “direito natural”)

¹⁰³ *Ibid.*, pp. 254-255

¹⁰⁴ FINNIS, John M. *In: Lei Natural e Direitos Naturais*, São Leopoldo: Unisinos., 2006, p. 240 e pp. 343-345. Quanto à necessidade de a autoridade ter tomar decisões rápidas e que muitas vezes *a posteriori* verifica-se não ser a mais justa.

parcialmente, na medida da sua necessidade e urgência. Com efeito, embora *a posteriori*, até seja possível - tendo em mãos todos os fatores que estavam em jogo e havendo tempo para avaliar todas as alternativas possíveis -, que se verifique que outros expedientes mais justos poderiam ter sido empregados, entretanto, não é razoável criar obstáculos nem “condenar” o exercício da autoridade que possui atribuição para resolver os problemas de coordenação, se ela estiver agido empregando como guia o bem comum e não interesses particulares ou sectários.¹⁰⁵ Ou seja, malgrado um direito possa ser considerado injusto, ainda assim, permanece, de regra, fornecendo razões para agir de acordo com a sua prescrições.

Vale destacar que Mark C. Murphy, apesar de posicionar em defesa da “tese da leitura fraca do direito natural”, traz uma peculiar visão sobre as controvérsias que são por demais agudas entre as próprias correntes do positivismo jurídico. De acordo com autor, a “tese moral do direito natural”, conquanto se inclua entre uma das três vertentes do jusnaturalismo, se aproxima mais às teses do positivismo jurídico – na sua versão conceitual - do que a da “tese da leitura forte” e da “tese da leitura fraca” do jusnaturalismo.

Para esclarecer melhor esse ponto de vista, Murphy sustenta que, tanto a “tese da leitura moral” jusnaturalista, quanto o positivismo jurídico, dão ênfase aprofundada aos méritos morais do direito posto, a guiar indivíduos na sua estrita observância. Em que pese a corrente positivista reputar ser válido um direito que vá contra a moral, pondera Murphy, que não essa corrente não descara que a normatividade desse direito perde força, na medida em que os indivíduos e os agentes encarregados de cumpri-la podem, por questões éticas, vir a desobedecê-lo. A “leitura fraca”, ao contrário da “visão canônica” do direito positivo, não se atém à questão da validade do direito. Ela vai além e busca, no próprio direito, ainda que “defectivo” ou “corrompido”, as razões para o seu cumprimento.

¹⁰⁵ MURPHY, Mark C.. In: *Natural Law Jurisprudence. Cambridge Journals*, p. 251, <http://journal.cambridge.org>, acessado em 27 de abril de 2011. “Murphy afirma que essa concepção demonstra que a teoria do direito natural não confunde “direito como ele deveria ser” (“*law as it is with law as it ought to be*”). WALDRON, Jeremy. In: *Lex Satis Iusta. Notre Dame Law Review*, nº 75, 2000, pp. 1829-58. Jeremy Waldron, de modo semelhante, sustenta que a possibilidade de discordância acerca da razoabilidade prática de determinado direito não impede que, ainda assim, ele seja obedecido, pelo fato de ser o direito, por uma pessoa racional.

Apesar disso, destaca Murphy, um direito que não se respalda em boas razões para sua observância, permanece sendo direito do mesmo modo que um pato que não voa permanece sendo um pato, conforme analogia que será apresentada com mais detalhes adiante.¹⁰⁶ Murphy reforça essa visão, que ele chama de “simples verdade”, citando um trecho de um artigo de Neil MacCormick titulado “*Natural Law and the Separation of Laws and Morals*”¹⁰⁷ no qual, inclusive, este último autor descreve e endossa a posição concebida por Finnis:

É claro que deve haver uma legislação aplicada, de modo adequado, por autoridades competentes que ficam muito aquém ou que vai contra as exigências de justiça. A validade das regras relevantes como integrantes de determinado sistema jurídico não é colocada em dúvida pela sua injustiça. Os deveres jurídicos por ela impostos, ou os direitos subjetivos que elas garantem, não param de ser genuinamente deveres jurídicos ou direitos subjetivos em virtude da imoralidade da sua imposição ou atribuição. Há, contudo, instâncias defectivas, ou insatisfatórias ou corrompidas do que seriam genuinamente – leis, deveres jurídicos e direitos subjetivos.

Mantendo sua perspectiva, Murphy destaca que se a “tese fraca do direito natural” for correta, há de se concluir que uma teoria jurídica descritiva completa pressupõe um amplo entendimento acerca das formas ou maneiras pelas quais o direito pode ser “defectivo” o que, por sua vez, somente é possível tendo um conhecimento completo das exigências da razoabilidade prática que, por seu turno, fornecem as razões efetivas que justificam a observância de tal direito.¹⁰⁸

Finnis é um dos representantes da corrente que defende a “tese fraca do direito natural”. Vimos acima, a distinção que é posta entre a “tese fraca” e a “tese moral do direito natural”. Cabe, então, procurar distinguir a “tese fraca” da “tese forte”, sob as lentes dos jusnaturalistas contemporâneos. Segundo eles, a “tese forte” propugna que um direito que seja, de modo nítido, moralmente deficiente, não fornece nenhuma razão para a ação e não pode ser descrito como

¹⁰⁶ MURPHY Mark C., In: *Natural Law Jurisprudence. Cambridge Journals*, pp. 262-263, <http://journal.cambridge.org>, acessado em 27 de abril de 2011.

¹⁰⁷ *Apud.* MURPHY. Mark C. In: *Natural Law Jurisprudence. Cambridge Journals* p. 263, <http://journal.cambridge.org>, acessado em 27 de abril de 2011.

¹⁰⁸ MURPHY, Mark C. In: *Natural Law Jurisprudence. Cambridge Journals*, pp. 262-263. <http://journal.cambridge.org>, acessado em 27 de abril de 2011.

direito, a não ser como um “suposto direito” ou um “direito putativo”. Já a “tese fraca” permite que um direito, mesmo injusto, permaneça sendo descrito como tal, e não apenas no sentido mais amplo do termo. A propósito do tema, faz-se útil transcrever, na sua literalidade, a definição de direito que Finnis expõe em seu *Lei Natural e Direitos Naturais*:¹⁰⁹

Por todo este capítulo o termo "lei" tem sido usado com um significado focal, de modo a se referir primariamente a regras feitas, de acordo com normas legais reguladoras, por uma autoridade determinada e efetiva (ela própria identificada e, tipicamente, constituída como uma instituição por regras jurídicas) para uma comunidade “completa” e escorada por sanções de acordo com as estipulações guiadas por regras de instituições judicantes, este conjunto de regras e instituições sendo direcionado a resolver de modo razoável qualquer um dos problemas de coordenação da comunidade (e a ratificar, tolerar, regular ou derrogar soluções advindas de outras instituições ou fontes de normas) para o bem comum dessa comunidade, de acordo com uma maneira e formas adaptadas a esse bem comum por características de especificidade, minimização de arbitrariedade, e manutenção de uma qualidade de reciprocidade entre os objetos da lei entre si e também em suas relações com as autoridades legítimas.¹¹⁰

Como vimos de passagem mais acima, Mark C. Murphy no artigo “*Natural Law Jurisprudence*”, apresenta uma interessante analogia entre o “direito” e um pato. No texto, Murphy diz que, mesmo que um pato não seja um nadador habilidoso, o referido animal continua sendo classificado como pato, conquanto não possua um dos atributos típicos desse animal. É um pato deficiente, defectivo, atípico, porém ninguém pode deixar de caracterizá-lo como

¹⁰⁹ FINNIS, John M. *In: Lei Natural e Direitos Naturais*. São Leopoldo/RS: Editora Unisinos, 2006, p. 270.

¹¹⁰ FINNIS, John M. *In: Natural law and Natural Rights*, Oxford: Oxford Claredon Press, 1980, pp. 199-230 e 260/296. Do original: “*Throughout this chapter, the term ‘law’ has been used with a focal meaning so as to refer primarily to rules made, in accordance with regulative legal rules, by a determinate and affective authority (itself identified and, standardly, constituted as an institution by legal rules) for a ‘complete’ community, and buttressed by sanctions in accordance with the rule-guided stipulations of adjudicative institutions, this ensemble of rules and institutions being directed to reasonably resolving any of the communities co-ordination problems (and to ratifying, tolerating, regulating, or overriding co-ordination solutions from any other institutions or sources of norms) for the common good of that community, according to a manner and form itself adapted to that common good by features of specificity, minimizations of arbitrariness, and maintenance of a quality of reciprocity between the subjects of that law both amongst themselves and in their relations with the lawful authorities.*” Embora citado na versão traduzida para o português pela editora gaúcha Unisinos, ainda que reputo ocioso me prender ao preciosismo da melhor tradução, reputo conveniente traduzir para o português o termo “*law*” por “direito” e não por “lei”, que, em português, é geralmente tratado como sinônimo de direito positivo ou “positivado”. Quando Finnis quer se referir ao que podemos, grosso modo, traduzir como “direito subjetivo” ou uma “garantia jurídica aos indivíduos” ele emprega o termo “*rights*”, conforme se verifica na edição em inglês da obra aqui tratada.

pato.¹¹¹ Nesse diapasão, um direito, ainda que moralmente repugnante e insuficiente para fornecer razões para ser obedecido, não deixa de ser direito, em que pese ser defeituoso. Fornecer uma razão prática para a ação faz parte do “caso central” ou do “significado focal” do direito, que serve como um referencial a todos os outros usos do termo.

No que toca a essa problemática da obediência a um direito injusto, Finnis destaca quatro pontos que são fulcrais à questão. Embora possa parecer óbvio que o poder que emana da autoridade, e todos os efeitos que produz sobre os que estão sob sua égide à, não é simples saber se é devido ou não obedecer a um mandamento jurídico que repugna a mente mais simplória. O autor australiano propõe a seguinte indagação: “como a injustiça, de qualquer um dos tipos precedentes (‘item XII.2 Tipos de injustiça na lei’), afeta a obrigação de obedecer ao direito?”. Segundo Finnis, essa pergunta tem quatro sentidos e é possível que alguém que a faça, possa, com “obrigação de obedecer ao direito”, estar se referindo à:¹¹²

- (i) possibilidade (“liability”) empírica para ser sujeito à sanção em caso de não cumprimento; ou
- (ii) obrigação legal no sentido intrassistêmico (“obrigação legal no sentido jurídico”) na qual a premissa prática de que a submissão à lei é socialmente necessária é um princípio estrutural isolado do resto do raciocínio prático; ou (iii) obrigação legal no sentido moral (isto é, a obrigação moral que presumivelmente é acarretada pela obrigação legal no sentido intras-sistêmico ou legal); ou
- (iii) obrigação moral derivada não da legalidade da estipulação de obrigação, mas de alguma “fonte secundária” (a ser explicada em breve).¹¹³

Na sequência do texto, Finnis destaca que é essencial a qualquer teoria jurídica para ser sólida, que possua capacidade de demonstrar até que ponto as respostas irão diferir e até que ponto elas convergirão. Finnis sustenta que não se pode deixar de considerar e, chama a atenção para isso nos itens (X.3), (X.4) e (XI.4) do “Lei natural e Direitos Naturais” - em que tratou da características

¹¹¹ MURPHY, Mark C. In: *Natural Law Jurisprudence*. Cambridge Journals, pp. 262-263. <http://journal.cambridge.org>, acessado em 27 de abril de 2011.

¹¹² *Ibid.*, p.341.

¹¹³ RAZ, Joseph. In: “*Ethics in the Public Domain*.” Oxford: Clarendon University Press, 1994. Joseph Raz é um notável exemplo deste tipo de teoria com sua afirmação de que é parte da natureza do direito reclamar autoridade sobre os particulares, mas é uma questão separada da moral ou da política se uma lei ou sistema legal, na verdade tem essa autoridade.

formais da ordem jurídica, do estado de direito e da obrigação jurídica, respectivamente -, que o sistema e o pensamento jurídicos não podem ser tratados apenas como aspectos da “lógica jurídica”, mas como respostas razoáveis, na prática, à necessidade de segurança e de previsibilidade, uma necessidade que é, de fato, uma questão de “justiça” e de “direito humano”.¹¹⁴

Muitos teóricos, no entanto, entendem que a explicação da normatividade do direito é uma questão a ser vista separadamente das questões sobre a natureza do direito. Isto é, de acordo com esses teóricos, a teoria geral do direito perscruta apenas a natureza descritiva do direito, mesmo que essas teorias assumam, como objeto de descrição, que faz parte da natureza do direito ser normativa.¹¹⁵ A “tese fraca do direito natural”, ao contrário, não só afirma a normatividade do direito como um aspecto essencial de qualquer teoria jurídica completa, como também fornece a estrutura teórica que vincula a normatividade do direito à razoabilidade prática.

Ao afirmar que uma norma pode ser um direito no sentido mais amplo somente quando fornece um padrão razoável de conduta prática, os teóricos da “tese fraca do direito natural” rejeitam a presunção comum de que descrever a natureza do direito é a única questão relevante para a teoria geral do direito e, que, as explicações sobre a normatividade do direito devem ser relegadas à filosofia moral ou à “ética”. De acordo com a “tese fraca do direito natural”, no entanto, uma teoria geral do direito é, também, de certa forma, uma teoria prática ou moral. E, segundo essa corrente de pensamento, não se pode conceber uma norma jurídica que seja dissociada da “correção moral” de obedecê-la.

¹¹⁴ FINNIS, John M. *In: Lei Natural e Direitos Naturais*. São Leopoldo/RS: Editora Unisinos, 2006, p. 341.

¹¹⁵ RAZ, Joseph. *In: “Ethics in the Public Domain.”* Oxford: Clarendon University Press, 1994. Joseph Raz é um notável exemplo de defensor dessa teoria ao afirmar que é parte da natureza do direito reclamar autoridade sobre os particulares. Esse autor, entretanto, salienta que é uma questão dissociada da moral ou da política se uma lei ou um sistema legal tem essa autoridade.

2.3 Perspectivas do positivismo contemporâneo

Muito embora tivéssemos a preocupação de demonstrar as teses básicas que representam “as notas essenciais” do juspositivismo,¹¹⁶ há, no entanto, outros aspectos que são de suma importância para quem visa elucidar as divergências que eventualmente existam entre o jusnaturalismo de Finnis e o positivismo contemporâneo. Para o que nos interessa nesta dissertação - a contraposição entre o direito positivo e a teoria de Finnis, que classificamos como uma “tese fraca do direito natural” -, cabe apresentar os três aspectos ou usos distintos do “positivismo jurídico” que se propõem a oferecer diferentes críticas ou “contraposições” à tese fraca do direito natural:

(i) o positivismo jurídico como uma teoria sobre a natureza do direito ou “positivismo substantivo” ou, ainda, “positivismo explanatório-descritivo” – o direito pode ser caracterizado de modo adequado com base somente em fatos sociais (tese das fontes sociais) e não contém nenhum conteúdo moral ou de valor (separabilidade entre direito e moral);

(ii) o positivismo jurídico como uma teoria sobre o método adequado para a teoria jurídica ou “positivismo jurídico metodológico” - ao buscar esclarecer a natureza do direito, o teórico não precisa fazer qualquer julgamento moral ou de valor;¹¹⁷

(iii) o positivismo jurídico como uma teoria sobre o método jurisdicional (*adjudication*) que determina o conteúdo do direito em um determinado sistema jurídico (“positivismo jurídico adjudicante” -“*adjudicative*” - é uma teoria que trata da forma como, em determinado sistema jurídico, o encarregado de prestar a função jurisdicional deve aplicar o direito. Não é uma teoria abstrata que trata da natureza do direito ou da relação entre direito e moral, mas apenas uma teoria normativa sobre como o “juiz” de uma causa cumpre seu dever).¹¹⁸

Como apresentado no item (iii) do trecho acima transcrito, o positivismo jurídico “adjudicante”, é uma teoria que serve como subsídio àqueles a quem é atribuída a função jurisdicional. Ele fornece os elementos para que os incumbidos dessa função a cumpram, decidindo os casos que lhes são trazidos,

¹¹⁶ STRUCHINER, Noel. *In: Para Falar de Regras. O Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito.* Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. PUC-Rio, 2005, p. 27.

¹¹⁷ PERRY, Stephen. *In: The Varieties of Legal Positivism.* Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol. IX, Nº 2 (July 1996), pp. 361- 394.

¹¹⁸ BOGART, John, *In: Adjudication, Validity, and Theories of Law.* Canadian Journal of Law and Jurisprudence, volume 11, Nº2 (July 1989), p. 164.

aplicando e interpretando o direito.¹¹⁹ Para o exercício dessa tarefa, o aplicador do direito deve basear-se estritamente nas normas jurídicas promulgadas no seio do sistema jurídico em que atua. Com efeito, não pode se escorar em valorações morais acerca de como o direito de dado sistema jurídico deveria ser. Não cabe, portanto, a quem é encarregado de exercer a função jurisdicional, fazer julgamentos valorativos ou de conteúdo moral mas, tão somente, proceder a uma análise do direito posto e dos fatos que lhe são trazidos. Noel Struchiner ao tratar da teoria da argumentação jurídica e, em especial, do papel dos juízes na efetivação das normas jurídicas, muito embora não utilize em seu textos o termo “positivismo adjudicante” nem, tampouco, ser refira à existência dessa modalidade de positivismo, salienta que:

O ideal do Estado de Direito determina, pelo menos em sua formulação mais tradicional, que devemos ter um governo de regras e não de homens, buscando a manutenção da certeza, da previsibilidade e da segurança, face às arbitrariedades da autoridade *ad hoc*. Já de acordo com a visão padrão da adjudicação (*standard view of adjudication*), cabe aos juízes serem a boca da lei, dando efeito aos direitos e deveres pré-existentes das partes envolvidas. A teoria padrão da argumentação jurídica, principalmente na sua dimensão teórico-normativa, tem como pretensão resolver ou dissolver as ameaças apresentadas pela indeterminação jurídica para a noção de Estado de Direito e para a “visão padrão da adjudicação”.¹²⁰

Assim, não obstante possa-se admitir como sendo correta a afirmação de que é vedado exercer a função jurisdicional com base em valoração moral por parte do encarregado dessa função, isso não implica a negativa de que faça parte da natureza do direito o fornecimento de razões morais para a ação nem que essas razões morais sejam justamente o que impedem o julgador de decidir um caso jurídico com base exclusivamente em valores morais.

A premissa de que “direito e moral são necessariamente distintos”, uma das teses básicas do “positivismo jurídico” pode nos levar, ordinariamente, à conclusão de que “não se deve empregar juízos morais para decidir questões

¹¹⁹ O maior expoente desse pensamento talvez seja o americano Ronald Dworkin e sua obra de referência sobre “*adjudication*” seja “O Império do Direito”, muito embora a questão da “adjudicação” também tenha sido tratada por outros juristas de grande envergadura como Lon Fuller, Herbert Hart, Neil MacCormick etc

¹²⁰ STRUCHINER, Noel. In: Para Falar de Regras. O Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. PUC-Rio, 2005, p. 123.

jurídicas”.¹²¹ Entretanto, se elucubrarmos a respeito do tema, poderíamos inferir que “não se deve tomar decisões sobre questões jurídicas em conformidade com algo **necessariamente distinto do direito.**” Embora o “positivismo jurídico”, ou melhor, as “teses básicas do positivismo jurídico”, tenham em comum “a tese da separabilidade entre direito e moral” e a “tese das fontes sociais” -, isso não quer dizer que essa “separabilidade” seja algo necessário ou essencial, senão uma contingência.¹²²

Como a aplicação típica do positivismo jurídico substantivo e do positivismo jurídico normativo, conforme exposto, não tem a pretensão de descrever ou explicar a natureza do direito e, num outro aspecto, como não existe a obrigatoriedade de que direito que guia seu aplicador seja, dessa maneira, despido de conteúdo moral, pode-se afirmar que as formas de direito natural acima apresentadas, não se contrapõem ao “positivismo jurídico adjudicante”. Portanto, não há incoerência em afirmar que faz parte da natureza do direito fornecer razões morais para a ação e que aqueles que proferem decisões de conteúdo jurisdicional não devem fazê-lo exclusivamente com base em julgamentos morais. Desta forma, **o efeito moral do direito só poderia ser efetivamente alcançado, se seus aplicadores abstivessem-se de fazer julgamentos morais ao decidir disputas legais.**

É importante registrar que a teoria da adjudicação é uma noção que pode ser compartilhada tanto por teorias jusnaturalistas como juspositivistas, não tendo a vocação para vincular-se a uma única vertente de pensamento. Pelo contrário, há muitas teorias de “adjudicação”, incluindo-se, certamente, as que se enquadram no positivismo jurídico. Vale consignar-se que todas essas teorias parecem estar em plena harmonia com a “tese fraca do direito natural”.¹²³

¹²¹ ALVAREZ, Alejandro Bugallo. As teses básicas do positivismo jurídico e suas críticas ao jusnaturalismo. *Lex Humana*, n° 2, 2009, pp. 13/18.

¹²² Hart afirma ser preferível que o direito se conforme com os princípios morais vigentes em dada sociedade.

¹²³ Para uma melhor compreensão sobre o tema: LEITER, Brian. *In: Objectivity, Morality & Adjudication*. Public Law and Legal Theory Working Paper No. 004. The University of Texas School of Law and Department of Philosophy, march: 2000. revised version of this paper is forthcoming in B. Leiter (ed.), *Objectivity in Law and Morals*, New York: Cambridge University Press, 2001.

Mark C. Murphy trata dessa zona de penumbra entre o jusnaturalismo e o aqui denominado “positivismo jurídico adjudicante”.¹²⁴ Esse tema é intrigante e pode prestar-se a evitar que digamos as mesmas coisas e, paralelamente, divirjamos apenas com base em uma roupagem jurídica distinta - que não representa a essência de determinado pensamento e só contribui para acusações levianas contra teses sensatas de teóricos que assumam eventualmente rótulos acadêmicos distintos, deixando-se de admitir o emprego de ferramentas e instrumentos metodológicos que eventualmente trariam luz aos problemas que, enfrentados isoladamente, são inexpugnáveis.¹²⁵

Uma outra perspectiva do positivismo jurídico é a do positivismo substantivo, “explanatório-descritivo”¹²⁶ ou, simplesmente, “descritivo”. Essa visão positivista tem por característica negar veementemente quaisquer das versões teóricas do jusnaturalismo, sem deixar chance para diálogo, na medida em que essas últimas supostamente negariam as teses básicas do direito positivo, vale dizer, a tese da “separabilidade entre direito e moral” e a tese das “fontes sociais” do direito.¹²⁷ Segundo se tem como indiscutível, essa vertente não poderia, tendo em vista seu purismo, sequer flertar com nenhuma das vertentes jusnaturalistas, por mais flexível que possa vir a ser, como é o caso da “tese fraca”, defendida por Finnis.

No entanto, tentaremos mostrar aqui, essa contraposição não se sustenta, considerando-se que a “tese fraca do direito natural” não se opõe ou diverge de modo categórico de nenhuma das teses básicas mencionadas acima, posto que a separação entre direito e moral é contingente, apesar de considerar a existência de requisitos (“requisitos básicos da razoabilidade prática”) para que as

¹²⁴ MURPHY, Mark C. In: *Natural Law Jurisprudence*. Cambridge Journals. <http://journal.cambridge.org>, acessado em 27 de abril de 2011, pp. 264/266.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 267.

¹²⁶ PERRY, Stephen. In: *The Varieties of Legal Positivism*. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. IX, Nº 2, July 1996, p. 362. Terminologia empregada por Stephen R. Perry que faz alusão a W.J. Walucow.

¹²⁷ ALVAREZ, Alejandro B. In: As teses básicas do positivismo jurídico e suas críticas ao jusnaturalismo. *Lex Humana*, nº 2, 2009, pp. 13-18. O autor, nesse artigo, faz uma análise atenta das versões do positivismo jurídico e revela as teses centrais dessa corrente de pensamento, tendo em vista a falta de unidade conceitual.

normas jurídicas sejam válidas. Com efeito, a “leitura fraca” jusnaturalista não nega nem é contraditada por essas teses básicas, como se verá adiante.

A terceira perspectiva positivista é a do “positivismo jurídico metodológico”. Essa dimensão também apresenta uma crítica à “tese fraca do direito natural”. O debate se instala fincado na hipótese que versa sobre a possibilidade de existir uma teoria que se desenvolve somente por meio de métodos descritivos - sem lançar mão de juízos morais - ser aceitável e suficientemente abrangente para ser denominada como uma teoria geral do direito.

Desse contraste, talvez possamos extrair o cerne da contraposição entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico. Seu ponto sensível é a capacidade do direito fornecer razões para a ação empregando apenas métodos descritivos, conforme propugnam os teóricos que seguem o positivismo jurídico metodológico. Os jusnaturalistas contemporâneos - e aqui deve-se destacar Finnis -, no entanto, observam que a normatividade do direito só pode ser explicada por meio de métodos que exigem a aplicação da “razoabilidade prática”.

Concebido dessa forma, o positivismo metodológico parece ser uma rejeição a um determinado método filosófico. Essa contraposição, no entanto, é de fato substancial, porque a resposta correta à pergunta sobre o método adequado a ser utilizado quando se cria uma teoria geral do direito irá determinar como ou mesmo se uma dada teoria do direito pode adequadamente explicar sua normatividade.

2.4

A contraposição entre o positivismo descritivo e jusnaturalismo

Até o presente momento, apenas foram apresentadas críticas às teorias jusnaturalistas pelas lentes do positivismo jurídico tradicional (Kelsen, Ross e Hart). A partir de agora, veremos como fica a “contraposição” entre o “positivismo substantivo” ou, apenas, “descritivo” e a “tese fraca do direito natural”.¹²⁸ Como visto, o positivismo jurídico descritivo – ou conceitual - pode

¹²⁸ Utilizarei a expressão “positivismo descritivo” por entender que é mais representativo da ideia que se quer passar dessa vertente positivista, ao menos em nossa realidade teórica.

ser adequadamente caracterizado pela noção de que o direito tem como critério de validade a exclusiva derivação de fatos sociais (“tese das fontes sociais”) e não contém nenhum conteúdo moral ou valorativo (“tese da separabilidade entre direito e moral”).

Positivistas contemporâneos da envergadura de Jules Coleman e de Brian Leiter sustentam que todos os positivistas compartilham de duas crenças: (i) a primeira que admite como direito de uma determinada sociedade só o que é fundamentalmente uma questão de fato social ou convenção (“tese da fonte social”); e (ii) a segunda que sustenta que não há conexão necessária entre direito e moral (“a tese de separabilidade”).¹²⁹ São duas teses que os jusnaturalistas, de regra, não aceitariam, se, efetivamente, aderissem ao entendimento reinante entre os positivistas mais tradicionais. Como é praticamente consenso entre os diversos teóricos do direito – incluindo, por óbvio, os jusnaturalistas que defendem a conexão necessária entre direito e moral - as teorias do direito natural rejeitariam a “tese de separabilidade” e seriam incapazes de reconhecer as origens inteiramente sociais da validade jurídica defendida pela tese das “fontes sociais”.¹³⁰

No, entanto, não é esse o caso do jusnaturalismo em sua “leitura fraca”, defendido por Finnis, uma vez que o referido autor não colide com a “tese das fontes sociais” nem com a “tese da separabilidade entre direito e moral”, ao menos na forma em que normalmente expõem os teóricos positivistas em suas críticas ao jusnaturalismo. Jules Coleman e Brian Leiter, como já ventilado, possuem, cada qual, concepções específicas da “tese da separabilidade”, que eles denominam tese da “nenhuma conexão necessária” entre direito e moral. Essa leitura, apesar de mais cuidadosa, também não é indene de falhas.

¹²⁹ COLEMAN Jules L. e LEITER Brian, *In: Legal Positivism*. Dennis Patterson ed. A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory. Oxford: Blackwell, 1996, p 228. Do original em inglês: “all positivists share two central beliefs: first that what counts as law in any particular society is fundamentally a matter of social fact or convention (“the social thesis”); second, that there is no necessary connection between law and morality (“the separability thesis”).

¹³⁰ *Ibid.*, p 229. Isso, a grosso modo, uma vez que Finnis, por exemplo, aceita essas teses, mas faz considerações acerca dos bens básicos e das exigências da razoabilidade prática que devem guiar a leitura dos fatos sociais e fazer a conexão entre o direito e a moral, conquanto sejam fenômenos distintos e atuem em âmbitos diversos. Mesmo alguns positivistas jurídicos, reconhecem que há essas sutilezas entre os próprios jusnaturalistas, tanto que Coleman e Leiter empregam, em suas análises, o termo “roughly” que vem a significar “a grosso modo” ou “de um modo geral”.

Lendo atentamente as ponderações desses autores, notadamente as de Coleman, percebe-se que o debate entre as duas grandes correntes teóricas está repleto de mal-entendidos que tentaremos esclarecer, trazer algumas luzes ou, pelo menos, apontar as arestas que se atritam e empobrecem o debate, o que poderia, senão evitado, ser arrefecido. Com efeito, de início é importante alçar à tona o entendimento de Coleman acerca dessa formulação específica da “tese da separabilidade”, senão vejamos:

A **tese da separabilidade** pode ser caracterizada em outras formas igualmente defensáveis. Por exemplo, ela pode ser entendida como a afirmação de que, mesmo nas comunidades em que o direito e a moral são coextensivas, eles não são co-intencionais. De modo alternativo, pode ser entendido que o que torna uma norma uma questão de direito da comunidade é distinguível daquilo que a torna uma parte da moral da mesma comunidade.¹³¹ (negrito meu)

A despeito da retórica acerca da negação de qualquer conexão imprescindível entre direito e moral, a maior parte da discussão entre os positivistas jurídicos diz respeito à aptidão dos padrões morais substantivos serem incluídos ou não dentre os fatores que determinam se certas normas são válidas em dado sistema jurídico.¹³² No fundo, no entanto, como se verá mais adiante, a discussão que se faz, na verdade, diz respeito à “tese das fontes sociais”, e não à “tese da separabilidade entre direito e moral”.

Nesses termos, a formulação acerca da “tese da separabilidade” nada constata além do que já está contemplado pela “tese das fontes sociais” e que, embora a interpretação adequada desta última possa ser um tópico de debate interno significativo para os positivistas, nenhuma de suas versões apresenta uma teoria que conflita efetivamente com o jusnaturalismo nos moldes advogados por

¹³¹ COLEMAN, Jules. In: *Rules and Social Facts*. Harvard Journal of Law and Public Policy, nº 14, 1991, p. 716.

¹³² Seguindo Hart, muitos positivistas jurídicos referem-se ao padrão (*standard*) para a validade de um determinado sistema jurídico como sendo a “regra de reconhecimento”. Entendida como tal, essa afirmação realmente invoca dois debates no interior da doutrina positivista: o primeiro, se uma condição de fundo moral poderia ser parte na “regra de reconhecimento” de qualquer sistema jurídico; e, o segundo, se a “regra de reconhecimento” é apenas o padrão para a validade jurídica de uma comunidade ou se também desempenha papel epistêmico de ser a norma secundária à qual os membros de uma comunidade específica recorrem para identificar as normas como sendo o direito válido no seu âmbito. De modo semelhante, os positivistas jurídicos “inclusivos” esposam que não é necessário, mas possível, que uma “regra de reconhecimento” contenha padrões morais, porém ela só precisa balizar o critério de validade jurídica. De modo contrário, os positivistas “exclusivos” geralmente afirmam que a regra de reconhecimento não pode conter um padrão moral substantivo porque ela deve ser o padrão segundo o qual, pelo menos algumas pessoas na comunidade, identificam as leis válidas.

Finnis. Nesses termos, pode-se concluir que a concepção de Finnis não sofre efetiva oposição do positivismo jurídico descritivo.

2.4.1

A inconsistência da tese da “nenhuma conexão necessária”

Como sustentam Coleman, Leiter e outros positivistas, a “tese da separabilidade” requer um desenvolvimento mais sofisticado a fim de destrinchá-la. Para avaliar exaustivamente os méritos dessa versão particular de que “não há conexão necessária entre direito e moral”.¹³³ Ao examinarmos todas as possíveis interpretações de cada termo da tese da “nenhuma conexão necessária”, é suficiente para os fins a que esse dissertação se propõe, buscarmos os significados da “conexão” e da “natureza” da relação entre “direito” e “moral”, que a “tese da separabilidade” afirma não existir. Nessa pesquisa, tentaremos atestar que qualquer emprego do termo “conexão” torna a “tese da separação”, no mínimo, estreita e ambígua.

Antes de examinar possíveis significados do termo “conexão”, há duas ambiguidades inerentes à expressão “nenhuma conexão necessária” que precisam ser abordadas. A afirmação de que não há nenhuma conexão necessária entre direito e moral pode significar uma de duas concepções: (i) uma seria a de que algumas conexões entre direito e moral são possíveis, mas que não haveria conexão necessária (mas apenas eventual), isto é: existe pelo menos um mundo possível em que o direito e a moral estão conectados; (ii) a outra seria a de que a separação entre direito e moral é sempre necessária, isto é: em nenhuma hipótese há conexão entre ambos. Leslie Green capta essas duas interpretações encravadas no seio da discussão juspositivista, representando-as com as seguintes proposições:¹³⁴

¹³³ Há que se esclarecer alguns dos termos empregados nessa discussão. Qual é o sentido apropriado de “necessário”? O que se entende por “conexão”? O que se entende por “direito”? Direito incluiria o sistema jurídico como um todo, as regras jurídicas estritas e especiais, as regras mais gerais, os princípios, o direito produzido pelo juiz, o direito promulgado pelo Legislativo, o direito editado pelo Executivo, os tratados, os atos de governos estrangeiros etc? O que se entende por “moral”, não só como uma questão de teoria normativa de primeira-ordem, mas também em termos de teorias metafísicas e epistêmicas também?

¹³⁴ GREEN, Leslie. In: Legal positivism. Stanford Encyclopedia of Philosophy, disponível em <http://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism>, artigo publicado originariamente em 03 de janeiro de 2003. Green utiliza as iniciais (EP) e (IP) para se referir ao “positivismo exclusivo” e ao

“EP” - **nunca** há conexão entre direito e moral e;¹³⁵
 “IP” - **não há** uma conexão **necessária** entre o direito e a moral.¹³⁶

Mesmo admitindo a imprecisão do termo “conexão”, a proposição “EP” não pode ser defendida. A alegação de que o direito e a moral não estão relacionados sob hipótese nenhuma, não pode ser tomada como verdadeira. O direito e a moral suportam várias conexões no mundo real e seus conteúdos frequentemente se sobrepõem. O equívoco da proposição “EP” surge, então, como forma de se sustentar a “tese de separabilidade”. A proposição “IP” deve ser aceita como hipótese de que há pelo menos uma chance de que o direito e moral não estejam conectados. Em outras palavras, o direito e a moral não são conceitualmente ligados, mas eventualmente podem se conectar.

A diferença entre “EP” e “IP” reflete a diferença entre o que Coleman chama de “**positivismo positivo**” e “**positivismo negativo**”.¹³⁷ Nesse texto, Coleman formula a “tese da separabilidade” como uma alegação “modal”, negando a necessidade de padrões morais para se verificar a validade jurídica, na medida em que a “tese de separabilidade” capta uma característica distintiva do positivismo jurídico, que só implica “positivismo negativo”, considerando que apesar do direito e da moral não serem necessariamente ligados, nada impede que em determinados casos o sejam. De acordo com Coleman, a “tese de separabilidade” não implica a tese forte do “positivismo positivo”, que nega a possibilidade de se incluir padrões morais no direito de uma comunidade particular.

A segunda ambiguidade, no entanto, coloca em questão a adequação de IP*, a fim de salvar a “tese da separabilidade”. Não está claro se a expressão “nenhuma conexão necessária” significa a possibilidade de não haver

“positivismo inclusivo”, respectivamente. Não é interessante, nesta oportunidade, estendermo-nos sobre esse tema. □ □

¹³⁵ □ “EP” – é uma clara abreviação de “positivismo exclusivo” (“*exclusiv positivism*”) que é muito bem tratada, assim como no que toca ao “positivismo inclusivo” por WALUCHOW, Wilfrid in: *Legal positivism, inclusive versus exclusive* (2001). In E.Craig (Ed.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*. London: Routledge. Retrieved September 18, 2008.

¹³⁶ “IP” - é, na mesma esteira, uma abreviação de “positivismo inclusivo” (“*inclusive positivism*”), explicitado no mesmo texto acima transcrito.

¹³⁷ COLEMAN, Jules. *In: Negative and Positive positivism*. in *Journal of Legal Studies* XI (1982) 139-164.

nenhuma conexão entre direito e moral, ou se significa que não há nenhum tipo único de conexão. Tentando esclarecer, IP pode ser reescrita como segue: em IP* não há uma conexão necessária única entre direito e moral. Desse modo, a diferença entre IP e IP* é que a última proposição faz a negação explícita de uma “conexão” única, ainda que não especificada. Alguém poderia pensar que há “conexões” entre direito e moral em todos os cenários possíveis, uma vez que o direito e a moral se apresentam como guias de conduta. IP* permite isso, ao enfatizar que o positivismo jurídico substantivo está interessado apenas em negar alguma conexão em particular entre direito e moral.

Assumindo que o propósito de uma teoria geral sobre a natureza do direito é o de identificar as **propriedades essenciais para uma melhor compreensão do direito como fenômeno social**, IP* reapresenta de forma mais precisa o que Coleman e Leiter dizem ser “uma conexão necessária” entre o direito e a moral, porque se concentra na identificação da propriedade particular ou propriedades que não fornecem uma ligação conceitual entre direito e moral. Assim, a melhor interpretação da tese separabilidade entende o termo “nenhuma conexão necessária” sendo uma conexão exclusiva ou conexões entre direito e moral a serem obtidas em todos os casos possíveis. O que resta, então, é determinar o que são essas conexões particulares e se a “tese de separabilidade” é verdadeira.

Se a proposição IP* representa com precisão a versão mais defensável da “tese da separabilidade” ela, no entanto, não consegue representar a realidade do direito. Ou seja, mesmo que persigamos critérios moralmente neutros, sempre haverá uma conexão logicamente necessária entre direito e moral. Mesmo que nenhuma conexão esteja disponível, os dois conceitos sempre iriam se imbricar ou ligarem-se pelo fato de um não estar imprescindivelmente “conectado” ao outro. Neste ponto, é sugerido que “conexão”, termo utilizado na “tese de separabilidade”, não pode ter alcance ilimitado. Por exemplo, a alegação de que não há conexões necessárias entre direito e moral seria falsa porque os conceitos de direito e moral se permitem derivar de outras “verdades” amplas e logicamente necessárias, que vão além de uma conexão necessária mínima.

Para demonstrar este ponto, Raz oferece dois exemplos de “verdades necessárias” que são derivadas inteiramente dos conceitos de direito e moral: primeiro, “dado que apenas animais vivos podem ter relações sexuais, o estupro, necessariamente, não pode ser cometido pelo direito nem por instituições jurídicas (embora o direito possa permiti-lo, e as instituições jurídicas possam se acumpliciar a ele; e, em segundo lugar, “dado o pluralismo de valores, nenhum estado ou sistema jurídico pode enunciar, em seu grau máximo, todas as virtudes e vícios existentes”.¹³⁸ Ambas afirmações se aplicam para o direito e para a moral, e, por isso, podemos dizer que se uma dessas declarações for verdade, isso é suficiente para mostrar que existem conexões necessárias entre direito e moral.

Por apreço à coerência, devemos admitir que quem não espousa a “tese da separabilidade” não precisa rejeitá-la de pronto, levando em conta apenas esses argumentos de Raz, porquanto o tipo de conexão que o referido autor identifica destaca interpretações de “necessário” e “conexão” que não representam aquilo que os defensores da referida tese sustentam. As duas “verdades necessárias” de Raz **são implicações negativas** dos conceitos que o direito e a moral costumam ter. As afirmações são necessariamente verdadeiras, pois ambas são tentativas de predicções de propriedades de um conceito que não pode ser o portador dessas propriedades. Pelo contrário, a “tese de separabilidade” pretende mostrar a ausência de uma “conexão positiva” entre direito e moral: implicações negativas à parte, não há “conexões positivas” necessárias entre direito e moral.¹³⁹

¹³⁸ RAZ, Joseph. *In: About Morality and the Nature of Law*. The American Journal of Jurisprudence, vol.48, 2003, p. 3. Do original: “Here are three examples of necessary connections between law and morality:

- (Following Hart, but without trying to be faithful to the details of his argument): given human nature and the conditions of human life (especially mutual vulnerability and relative scarcity), necessarily no legal system can be stable unless it provides some protection for life and property to some of the people to whom it applies.
- Given that **only living animals can have sex, necessarily rape cannot be committed by the law nor by legal institutions (though they and the law can sanction it, and legal institutions can be accomplices to it).**
- Given value pluralism, necessarily no state or legal system can manifest to their highest degree all the virtues or all the vices there are.

(Não foi citado no corpo do texto principal o primeiro exemplo dado por Raz, uma vez que, ele próprio, no texto original, salienta que é uma hipótese de necessidade natural deixando de fazer maiores considerações em relação a esse exemplo)

¹³⁹ *Ibid.* Raz define o pluralismo de valores em nota de rodapé como “a existência de uma pluralidade de valores que não pode ser instanciados na vida de qualquer ser humano, e contar com o fato de que a realização de vários valores incompatíveis e de virtudes exige condições sociais de apoio.”

Limitando-se à “tese de separabilidade” e restringindo apenas à negação das conexões positivas necessárias, ainda assim, não se elimina o problema de que há conexões necessárias entre direito e moral, simplesmente por causa dos tipos de conceitos que o direito e a moral costumam ter. Na tentativa de defender a tese da “nenhuma conexão necessária”, Matthew Kramer afirma que argumentos como os que Raz faz levar:

à conclusão de que existem muitas conexões necessárias entre direito e moral e ao número 31, sobre o fundamento de que toda proposição da moralidade é como o número 31 sendo um objeto abstrato e, portanto, possuidor de todas as propriedades de qualquer objeto abstrato. O mesmo pode ser dito sobre as conexões necessárias entre direito e moral e sobre o número 32. E assim por diante.

Nesta passagem, Kramer demonstra que não é suficiente rejeitar o argumento de Raz sob o fundamento de que o sentido relevante de conexão é a positiva, ao invés de uma conexão negativa. Em vez disso, para escapar do equívoco, o sentido relevante de “conexão” deve ser ainda mais estreitamente especificado, como um tipo peculiarizado de conexão positiva que é, por sua vez, idônea a determinar uma articulação defensável da separabilidade estabelecida a partir de algo estatuído pela “tese fraca do direito natural”.¹⁴⁰

2.4.2 A normatividade necessária do direito

Tanto o direito quanto a moral têm a pretensão de serem guias de conduta, ou seja, os dois fenômenos possuem, por natureza, uma característica normativa. Portanto, não há como negar que a normatividade é uma propriedade compartilhada por ambos, que, assim, instauram uma conexão positiva entre eles. Dito de outra forma, o direito e a moral procuram orientar a ação humana, e essa normatividade é uma propriedade necessária ou essencial por eles compartilhada. Considerando que essa copropriedade induz uma conexão positiva e necessária

¹⁴⁰ KRAMER, Matthew H. *When Morality Meets the Law*. Apud CASEY, Brian, in: *Natural Law And The Challenge of Legal Positivism*, p. 51. A Dissertation presented to the Faculty of the Graduate School at the University of Missouri-Columbia. In Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree Doctor of Philosophy. Decembrer 2007.

entre direito e moral, pode-se afirmar que uma interpretação mais extensiva acerca da “tese de separabilidade” não merece maior respaldo.¹⁴¹

Apesar da facilidade com que esse argumento pode ser afirmado, há pelo menos duas objeções contrárias à alegação de que o direito e a moral, enquanto fenômenos normativos, estabelecem uma conexão positiva necessária entre si. Na sequência, abordaremos esses argumentos contrários e, ao fazê-lo, será introduzida a compreensão de que há uma conexão necessária entre a normatividade jurídica e normatividade moral.

2.4.3 A tese da separabilidade e a validade jurídica

A tese fraca do jusnaturalismo afirma a conexão necessária entre o direito e a moral. Segundo essa visão, sistemas jurídicos inteiros, se propõem a dirigir a ação humana, e impescindem de uma avaliação acerca dos fins e dos meios necessários e adequados para alcançá-los. Quando se trata do direito de certa comunidade, sempre é necessário se questionar não apenas o que ele de fato é, mas, também - e essa é a tônica do jusnaturalismo -, o que deveria ser.

A “tese de separabilidade” consiste na necessidade em se demarcar a diferença entre o que o direito efetivamente é e o que ele deveria ser. Dado que essa relação ocorre sempre no âmago de uma determinada comunidade, pode-se concluir que qualquer que seja a formulação da “tese de separabilidade”, ela é

¹⁴¹ GARDNER, John. In: *Legal Positivism: 5 ½ Myths*. The American Journal of Jurisprudence, vol. 46, 2003, p. 203. Em trecho do artigo em referência, o citado autor utiliza a mesma ideia para afirmar que (no original): “*Finally, I come the jurisprudence student's favorite myth about legal positivism. Apparently legal positivists believe: (NNC) there is no necessary connection between law and morality. This thesis is absurd and no legal philosopher of note has ever endorsed it as it stands. After all, there is a necessary connection between law and morality if law and morality are necessarily alike in any way. And of course they are. If nothing else, they are necessarily alike in both necessarily comprising some valid norms.*” (traduzindo: “finalmente cheguei ao mito favorito do estudante de teoria do direito sobre o positivismo jurídico. Aparentemente os positivistas jurídicos acreditam: (NCN) não há conexão necessária entre direito e moral. Esta tese é absurda e nenhum filósofo do direito digno de nota jamais apoiou isso nos termos em que se colocou. Além do mais, há uma conexão necessária entre direito e moral se direito e moral se o direito e moralidade forem necessariamente semelhantes de algum modo. E é claro que eles são. Se não mais, ambos são necessariamente semelhantes em compreenderem necessariamente normas válidas.”).

apenas um aspecto da “tese das fontes sociais” do direito, uma vez que só pode emanar de um corpo social e não de uma fonte transcendental, acima ou fora de determinada comunidade humana.

Para se afirmar isso, faz-se necessário o exame cuidadoso das origens de ambas as teses e encará-las como articulações dos compromissos centrais do positivismo jurídico, que vêm destacados nas obras de **Hart e Coleman**. Começando com Hart, (i) tentaremos demonstrar que a expressão “nenhuma conexão necessária” (“*no necessary connection*”) foi mal compreendida pelos intérpretes e; (ii) em seguida, buscaremos destacar que a preocupação de Hart em negar a conexão entre direito e moral se justifica pelo seu objetivo de negar a necessidade da existência de um padrão moral para a determinação da validade jurídica. Conforme já explanado, Hart parece não ignorar as formas como o direito e a moral estão ligados, tanto factual como conceitualmente.

Por outro lado, veremos como Coleman parece defender uma interpretação muito ampla da “tese de separabilidade”. Segundo observaremos, as colocações de Coleman refletem uma aproximação entre a tese da separabilidade e a questão da validade jurídica. Ao fazer isso, Coleman se junta a Hart na desnaturação da “tese de separabilidade”, que restará íntegra, no entanto, sob a feição da “tese das fontes sociais”. O nosso objetivo, portanto, é o de demonstrar que a “tese da separabilidade”, corretamente interpretada, não constitui uma refutação nem ao jusnaturalismo nem é negada pelos seus teóricos, ao menos na “versão fraca” esposada por Finnis.

2.4.3.1 Hart e a tese da separabilidade

A associação da “tese separabilidade” com a teoria do positivismo jurídico provavelmente começa com Hart. E, se assim não for, é certo, no entanto, que recebeu seu formato definitivo das mãos do notável jurista. Em “O Positivismo e a Separação de Direito e Moral”¹⁴², Hart endereça seu repúdio à assertiva de que “o que é e o que deveria ser de alguma forma estão

¹⁴² HART, H.L.A. In: *Positivism and the Separation of Law and Morals. Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983, pp. 49-50.

indissolúvelmente fundidos ou inseparáveis”. Contra essa afirmação, Hart defende o que entende ser a posição de Bentham e de Austin que “insistiram na distinção entre a lei como ela é e como deveria ser”, e que as regras, quando claras e indubitáveis, “(...) mesmo que moralmente ultrajantes, ainda seriam leis”.¹⁴³ Em uma tentativa de explicar essa afirmação, Hart reformula-a, reconstruindo-a como “a afirmação de que não há conexão necessária entre direito e moral, ou o direito como é e como deveria ser”.¹⁴⁴

No entanto, para a “versão fraca do jusnaturalismo”, não parece haver incoerência em sustentar a separabilidade entre direito e moral. Por outro lado, há um duplo aspecto na investigação jurídica: um descritivo e outro normativo, quer dizer, um que procura descrever como o direito de fato é, e outro que elucubra como deveria ser. A teoria jurídica descritiva parte de uma investigação factual sobre a natureza geral do direito e se dirige a perguntas factuais sobre o direito de uma sistema jurídico especial.

Em outro diapasão, a teoria jurídica em seu âmbito normativo perscruta apenas a prescritividade e a normatividade puras acerca do direito. De modo típico, as regras de um determinado sistema jurídico obedecem ao modelo consagrado de que as leis devem ser promulgadas pelo legislador, interpretadas pelo Poder Judiciário e aplicada pelo Poder Executivo. A tese da “nenhuma conexão necessária” é uma reivindicação geralmente feita pela teoria jurídica descritiva. Assim interpretada, a tese não se preocupa em tecer considerações normativas, restringindo-se a descrever em termos não-normativos a natureza do direito. Ou seja, se o direito foi produzido em conformidade com os requisitos exigidos por determinada comunidade.

O reconhecimento da diferenciação entre a teoria jurídica descritiva e a normativa não é um traço exclusivo do positivismo jurídico. A “tese fraca do direito natural” também reconhece essa distinção. Ela sustenta que, para descrever-se a natureza do direito, deve-se lançar mão do mecanismo da “razoabilidade prática”; e, admitindo a distinção entre a teoria jurídica normativa

¹⁴³ Ibid., p. 56.

¹⁴⁴ Ibid., p. 57.

e a teoria jurídica descritiva, reconhece que uma norma pode ser considerada direito em determinado sistema, mesmo que não atenda aos requisitos morais necessários para ser denominada direito em seu conteúdo mais substancial, sem defecções.

Aqui cabe esclarecer que a “tese fraca do direito natural”, apesar de recorrer em parte à teoria descritiva com o intuito de conhecer a natureza do direito, não fecha os olhos para a distinção entre o que o direito “é” e o que “deveria ser”. Vale destacar, portanto, que a “tese fraca do direito natural” permanece dentro de uma concepção jusnaturalista do direito e continua distinguindo a visão descritiva de que um direito, ainda que intrinsecamente injusto, permanece sendo direito em certo sistema jurídico, da visão normativa, segundo a qual, tal direito não deveria jamais ser assim concebido em nenhum sistema jurídico.

Finnis está entre os teóricos que reconhece a necessária diferença entre a teorização sobre o que o direito “é” e a sobre o que ele “deveria ser”. Para ilustrar o posicionamento de Finnis, é interessante transcrever sua ótica sobre o debate entre Dworkin, de um lado, e Hart e Raz, de outro, com a seguinte afirmação:

Então a teoria de Dworkin é, fundamentalmente, (embora tenha várias descrições iluminadoras), uma teoria normativa do direito, oferecendo orientação ao juiz quanto ao seu dever judicial; A deles [a teoria de Hart e Raz] é uma teoria descritiva, oferecida aos historiadores para permitir uma história que discrimine os sistemas jurídicos a ser escrita. O fato de que, como argumentei neste capítulo, o teórico descritivo precisa da assistência de uma teoria normativa geral para desenvolver conceitos suficientemente diferenciados e padrões razoáveis de relevância, não elimina os diferentes empregos que serão feitos do estoque mais ou menos em de conceitos teóricos pelos teóricos normativos e pelos teóricos descritivos (históricos), respectivamente.¹⁴⁵

De acordo com essa perspectiva, nada impede que possa haver uma diferença radical entre o direito que “é” e o que “deve ser” e, concomitantemente, aceitar-se a existência de conexões necessárias entre direito e moral. Hart, ao que nos parece, não destoava dessa forma de ver a ciência jurídica já que ele próprio fez essa constatação no mesmo artigo em que tratou do tema. Uma dessas

¹⁴⁵ FINNIS John. *In: Lei Natural e Direitos Naturais*. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p.34

conexões enquadra-se no tipo conceitual de necessidade, que tem sido muito discutida. Como afirma Hart, “não há, na própria noção de direito que consiste em regras gerais, algo que nos impeça de tratá-la como se fosse moral, mas seria algo absolutamente neutro, sem qualquer contato necessário com princípios morais.”¹⁴⁶ O valor moral do direito a que alude Hart é a imparcialidade implícita nas normas jurídicas, ou de “como tratar casos iguais”, que é “um elemento essencial do conceito de justiça.”

Hart descreve a outra conexão necessária como uma instância de “natural necessidade”. “Natural” porque correspondente a fatos concretos da vida humana, tais como as necessidades físicas, produzindo “regras proibindo o uso livre de violência e regras que consagram formas mínimas de propriedade. Isso é algo tão fundamental que se um sistema legal não as tivessem em seu bojo não precisaria de nenhuma regra em relação a todo o resto.”¹⁴⁷ “Embora não houvesse necessidade de uma proibição legal ou moral contra o homicídio entre imortais, a fragilidade natural humana prediz ambas as proibições, conectando o conteúdo do direito e da moralidade como uma questão da necessidade natural”.¹⁴⁸

Em “O Conceito de Direito”, Hart revisita a conexão entre o conteúdo do direito e da moral como uma questão natural sobre temas estruturalmente semelhantes, por meio da discussão sobre o conteúdo “mínimo do direito natural” - que tem um enfoque mais sociológico em detrimento de uma teoria jurídica ampla e universal.¹⁴⁹ Hart pretende demonstrar que existem “princípios da conduta reconhecidos universalmente, que têm como base as verdades elementares respeitantes aos seres humanos, ao seu ambiente natural, e

¹⁴⁶ HART, H.L.A. . In: *Positivism and the Separation of Law and Morals. Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983, p 81.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 80

¹⁴⁸ HART, H.L.A. In: *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 5ª edição, 2007, pp. 209-215. Hart utiliza um exemplo que é bem ilustrativo: “suponho que os homens estavam a tornar-se invulneráveis ataques de uns contra os outros, foram vestidos talvez como caranguejos gigantes com uma carapaça impenetrável, e podem extrair o alimento necessário a partir do ar por algum processo químico interno.”

¹⁴⁹ HART, H.L.A. In: *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 5ª edição, 2007, pp. 209-215.

as suas finalidades, que devem ser considerados o ‘conteúdo mínimo do direito natural’ (...)”.

O autor esclarece, no entanto, que está preocupado apenas com a sobreposição do direito e da moral explicável por intermédio de um apelo a “razões para ações”, e não com qualquer sobreposição para a qual exista uma explicação causal. O autor, portanto, afirma que a “forma geral do argumento é simplesmente que, sem tal conteúdo jurídico e moral não poderiam direcionar o propósito mínimo de sobrevivência que os homens têm em associarem-se mutuamente”, isto é “os fatos mencionados proporcionam uma razão pela qual, considerando que sobreviver é um objetivo, o direito e a moral devem incluir um conteúdo específico”.¹⁵⁰

Como Hart deixa claro, no entanto, o “conteúdo mínimo do direito natural” não se aplica em todas as comunidades e para todos seus membros de modo equânime (exemplifica com um trecho de uma das aventuras de Huckleberry Finn, em que a morte acidental de um negro num navio a vapor, nos Estados Unidos escravagista, foi considerada pelos personagens da estória de Mark Twain, um evento de menor importância).¹⁵¹ Embora a “razoabilidade prática” possa ditar que cada ordenamento jurídico, necessariamente, contenha um conjunto de proibições compartilhadas, Hart observa que o exato conteúdo dessas proibições continua a ser uma questão de convenção social. Assim, mesmo aceitando o “conteúdo mínimo do direito natural”, Hart afirma que os direitos particulares são válidos em um sistema jurídico por um critério “fonte social”.

Depois de sua discussão sobre o “conteúdo mínimo do direito natural”, Hart descreve várias outras conexões necessárias entre direito e moral que poucos teóricos positivistas teriam motivo para negar.¹⁵² Ele, no entanto, não perfilha que haja uma conexão necessária entre a moral e as normas jurídicas, para que o direito, em um determinado sistema jurídico se constitua como tal. Em vez disso, para Hart, a verdadeira preocupação de seus antecessores na tradição jurídica positivista, bem como a verdadeira separação entre direito e moral, giram

¹⁵⁰ *Ibid.* p.209.

¹⁵¹ *Ibid.*, p.216.

¹⁵² *Ibid.*, pp. 218-223.

em torno dos critérios para validade jurídica intrassistêmicos, que não precisam ser moralmente substantivos.

Ele afirma que, mesmo se o direito de uma sociedade fosse moldado por ideais morais, não se poderia concluir 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.”¹⁵³ Para Hart, deve-se conceber o positivismo jurídico com o significado simples de que não pode ser uma verdade necessária, de modo nenhum, que o direito tenha que reproduzir e satisfazer certas exigências da moral, ainda que isso não seja impossível e, de fato, frequentemente o direito o faça.¹⁵⁴ Então, poderíamos concluir que, para o autor, a separação entre direito e moral é a separação entre validade jurídica intrassistêmica e valor moral de uma norma particular, porque “um conceito de direito, que permita a distinção entre a invalidade do direito e a sua imoralidade, habilita-nos a ver a complexidade e a variedade destas questões separadas, enquanto que um conceito restrito de direito que negue validade jurídica às regras iníquas pode cegar-nos para eles.”¹⁵⁵

Em seu Pós-Escrito, publicado cerca de trinta anos após a publicação de “O Conceito de Direito”, após sua morte, o autor esclarece como entendia a suposta negação do positivismo jurídico à conexão necessária entre direito e moral. Ali, Hart afirma que “sustento isso neste livro que, embora haja muitas conexões contingentes diferentes entre o direito e a moral, não há conexões conceptuais necessárias entre o conteúdo do direito e da moral, e daí que possam ter validade, enquanto regras e princípios jurídicos, disposições morais iníquas”.¹⁵⁶ Segundo Hart, a existência e o conteúdo do direito podem ser identificados pelas suas fontes sociais (legislação, decisões judiciais, costumes sociais etc.) sem imprescindível apelo à moral, a não ser quando o direito assim identificado tenha, enquanto tal, incorporado critérios morais para permitir a identificação do direito. Com efeito, para Hart, apenas em caso excepcionais, a

¹⁵³ *Ibid.*, p. 201.

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ *Ibid.*, pp. 227 e 228.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 331.

identificação do direito envolverá aspectos morais e isso só poderia ocorrer por uma inserção do próprio direito, válido por força da tese das fontes sociais.¹⁵⁷

Nessas passagens do Pós-Escrito, Hart, como vimos, identifica a negação de uma conexão necessária entre direito e moral, com a alegação de que uma comunidade não precisa incluir padrões morais entre os fatos sociais que tornam uma determinada norma o seu direito. Esta afirmação é tanto mais restrita do que a formulação geral da tese de separabilidade e derivável, no todo, como se pode verificar, da “tese social”. Por essa razão, a “tese social” é suficiente, na compreensão de Hart, para explicar a separação do direito e da moral e sua relação com validade jurídica das normas. Como buscou-se demonstrar, Hart não defende de forma geral a tese da “nenhuma conexão necessária”, como formulada pela “tese da separabilidade”, e não a compreende como ponto central da doutrina jurídica positivista.

2.4.3.2 Jules Coleman e a tese da separabilidade

Com base no que foi visto no item anterior, pode-se dizer que é um equívoco ser atribuída a Hart a afirmação de que “não há nenhuma conexão necessária entre direito e moral.” Talvez, o responsável por essa concepção seja Jules Coleman que cunhou o termo “tese da separabilidade”, em seu artigo “*Negative and Positive Positivism*” (“Positivismo Negativo e Positivo”), e usou o termo “nenhuma conexão necessária” desde então.¹⁵⁸ Coleman articulou de várias maneiras a “tese da separabilidade” em suas obras em que começa com uma interpretação ampla da “tese de separabilidade” que, de fato, não faz parte da tradição jurídica positivista. Coleman usa com frequência a formulação da “nenhuma conexão necessária”, porém o conteúdo de seus escritos parece demonstrar que o autor não defende a “tese da separabilidade”, pelo menos literalmente ou sob uma concepção tão ampla. Em outras palavras, uma leitura atenta e cuidadosa do tratamento que Coleman deu à “tese de separabilidade” demonstra que, da mesma forma que Hart, está mais preocupado com a defesa e

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 332.

¹⁵⁸ COLEMAN, Jules L. In: *Negative and Positive Positivism*. Journal of Legal Studies, volume XI, Jan. 1982, p. 140.

com a articulação mais precisa da convencionalidade do direito, nos termos abarcados pela “tese das fontes sociais”, que, pelo que se pode depreender é a pedra angular do positivismo jurídico conceitual. Enquanto Coleman afirma repetidamente que não há conexões necessárias entre direito e moral, ele, de fato, apresenta uma relação estreita entre ambos.

Nesse sentido, Coleman diz que, ao cunhar-se a expressão “tese da separabilidade” o positivismo nega designadamente o que a teoria do direito natural afirma: que exista uma conexão necessária entre direito e moral.”¹⁵⁹ Entretanto, logo na proposição seguinte, o autor diminui o alcance da expressão “nenhuma conexão necessária”, afirmando que “refiro-me à negação de uma relação necessária ou constitutiva entre o direito e a moral como a ‘tese da separabilidade’”.¹⁶⁰ Coleman poupa o leitor da tarefa de determinar se a expressão “ou constitutiva” é uma condição específica ou se a nova formulação foi gerada para ser um tipo único de conexão necessária, estipulando uma outra assertiva, mais cuidadosa: “a ‘tese de separabilidade’ é a afirmação de que existe pelo menos uma regra concebível de reconhecimento (e, portanto, um possível sistema jurídico) que não especifica a verdade como um princípio moral dentre as efetivas condições de qualquer proposição do direito”.¹⁶¹

Essa assertiva, no entanto, é muito mais restrita que as duas que a precedem. As duas primeiras são mais gerais e se aplicam a todas conexões entre direito e moral, enquanto a terceira é específica quanto ao conteúdo possível de uma “regra de reconhecimento”. Deve-se admitir, portanto, que a intenção dele é a de atestar que a “tese da separabilidade” visa demonstrar que não é necessário que padrões morais sejam incluídos para se determinar se uma certa norma é um direito válido ou não.¹⁶² Enquanto Coleman expressa seu argumento em termos de separação total do direito e da moral, sua tese, deveras, diz respeito apenas a uma afirmação mais estreita, ou seja, de que os padrões morais não precisam ser

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ *Ibid.*, pp.140-141.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 141.

¹⁶² *Ibid.*

usados para determinar o conteúdo do direito de uma comunidade, mas que também não há nada que impeça que isso seja feito.¹⁶³

Conquanto seja muito difícil perceber certas nuances, posto que, ao passo que Coleman fala em uma versão ampla do termo “nenhuma conexão necessária” fornece, de fato, uma visão mais delimitada da “tese da separabilidade”. A título de exemplo, em “Regras e Fatos Sociais” (*Rules and Social Facts*), o autor afirma literalmente que:

Apesar de nenhum defensor ou crítico do positivismo jurídico negar que o positivismo está comprometido com a “tese da separabilidade”, há muito menos acordo sobre o que ela significa e suas implicações para o positivismo. Hart caracteriza a “tese de separabilidade” como a consideração de que não há uma conexão necessária entre o direito como ele “é” e como ele “deveria ser”. Eu entendo que isso significa que **o positivismo está comprometido com a visão de que a moralidade de uma norma não é necessariamente uma condição da sua validade legal.**¹⁶⁴ (grifos meus)

O autor, assim, continuamente flexibiliza o alcance da “tese separabilidade” e, se por um lado, mantém a formulação da “nenhuma conexão necessária”, por outro, defende uma separação cada vez menor entre os fenômenos atinentes ao direito e à moral, com base na semelhança estrutural encontrada em ambos. Mais recentemente, Coleman indica uma possível mudança nesta tendência. Em “*Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis*”, ele apresenta dois modelos distintos da “tese da separabilidade”: (i) “a moral não é necessariamente uma condição para a legalidade”; e (ii) “a moral nunca poderia ser uma condição para a legalidade”. A primeira versão, por ele defendida, é abarcada pelo positivismo jurídico inclusivo ao passo que a segunda é adotada pelo positivismo exclusivo.

No mesmo artigo, Coleman também afirma que “todos positivistas abraçam a ‘tese do fato social’”, ou seja, afirma que sendo o direito uma prática social normativa, sua efetivação só é possível graças a um conjunto de fatos

¹⁶³ *Ibid.*, p.143.

¹⁶⁴ COLEMAN, Jules. In: *Rules and Social Facts*. Harvard Journal of Law & Public Policy, vol. 14, p. 715.

sociais.¹⁶⁵ Sustenta, ainda, que a “tese do fato social” (ou “tese das fontes sociais” é o verdadeiro núcleo do positivismo jurídico, abandonando a “tese de separabilidade” como sustentáculo do positivismo jurídico. Na medida em que a caracterização da “tese de separabilidade” vai se estreitando na argumentação de Coleman, vai ficando cada vez mais nítido, pelo menos se acompanharmos seu raciocínio, que apenas a “tese social” (“tese das fontes sociais”) representa uma proposição efetivamente distintiva do “positivismo jurídico”.

Em *“The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, o autor faz, ao menos até onde pudemos verificar, uma abordagem que mais se enquadra com a noção que ora explanamos. Numa nota de rodapé, que antecede o seu tratamento sobre a “tese separabilidade”, Coleman afirma que “conforme tenho usado o termo, a ‘tese de separabilidade’ é a alegação de que não há nenhuma conexão entre o direito e a moral”.¹⁶⁶ Porém, enquanto Coleman ainda se agarra à formulação “nenhuma conexão necessária”, o tratamento detalhado da “tese de separabilidade”, conferido no final do mencionado livro demonstra que a negação geral de uma “conexão necessária” entre o direito e a moral perde a consistência. A autor faz a seguinte formulação sobre o tema:

É comum caracterizar o termo positivismo jurídico por dois princípios básicos: a “tese do fato social” e a “tese da separabilidade”. O segundo princípio, ou seja, a “tese de separabilidade” é o mais familiar, mais associado ao positivismo, e o mais contestado - tudo isso me parece algo mistificador. A “tese da separabilidade” consiste na alegação de que não há conexão necessária entre o direito e a moral. Interpretado como uma questão sobre a relação entre a moral e o conteúdo substantivo do critério de legalidade, a “tese de separabilidade” compreende que não é necessário que a validade da norma de conduta dependa de seu mérito moral. Assim, a asserção que se faz é verdade apenas no caso em que seja conceitualmente possível um sistema jurídico no qual a moral substantiva ou o valor de uma norma em nada interfira sobre a sua validade. A verdade desta afirmação parece tão inegável de maneira a torná-la quase

¹⁶⁵ COLEMAN, Jules. In: *Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis*, p. 116.

¹⁶⁶ COLEMAN, Jules. In: *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2001, 104, nota de rodapé nº 4. “As I have used the term, the separability thesis is the claim that there is no necessary connection between law. That claim does express a tenet of positivism; however, it is also perfectly compatible with morality of some norms counting as a condition of their legality”.

inteiramente desprovida de interesse, a pretensão que faz é tão fraca, que ninguém realmente a contesta.¹⁶⁷

No trecho transcrito, o autor fornece uma interpretação da “tese da separabilidade” que claramente se atém a uma abordagem sobre as condições de validade jurídica no interior de determinado sistema jurídico. Ao restringir “a tese de separabilidade”, Coleman admite que isso a enfraquece a tal ponto que ninguém, nem os positivistas jurídicos a defendem nem seus críticos negam-na.

Como resultado dessa construção, retira-se de modo nítido a relevância da “tese da separabilidade” como nota central da tradição positivista. O próprio Coleman observa que “nós não podemos de modo producente caracterizar o positivismo jurídico, nos termos da ‘tese da separabilidade’, porque entendida corretamente, praticamente ninguém - positivista ou não - a rejeita” e que, “se nós estamos buscando caracterizar o positivismo jurídico como uma teoria jurídica distinta e interessante, devemos nos focar no que eu chamo a ‘tese do fato social’”.¹⁶⁸ A essa assertiva o autor ainda acrescenta que: “enquanto a tese da separabilidade faz uma inquirição sobre o conteúdo dos critérios de adesão ao direito, a ‘tese do fato social’ faz uma pesquisa sobre os seus motivos, ou condições de existência. Sustenta que a fundamentação dos critérios de legalidade em todas as comunidades que possuem direito é uma questão de fato social”.¹⁶⁹

Assim, Coleman admite que a versão do que ele chamou “tese do fato social” apresenta uma visão distintiva da tradição do positivismo jurídico. Conforme essas passagens demonstram, ele concorda com duas das teses principais da “versão fraca do direito natural”: (i) a de que a melhor interpretação da “tese da separabilidade” é aquela que sustenta que o relevante é uma separação

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 151. No original: “It is common to characterize legal positivism in terms of two basic tenets: the social fact thesis and the separability thesis. Of the two, the separability thesis is the more familiar, more closely associated with positivism, and more contested – all of which strikes me as something mystifying. The separability thesis is the claim that there is no necessary connection between law and morality. Interpreted as a claim about the relationship between substantive morality and the content of the criteria of legality, the separability thesis asserts that it is not necessary that the legality of standard of conduct depend on its moral merit. Thus, the claim it makes is true just in case a legal system in which the substantive morality or value of a norm in no way bears on its legality is conceptually possible. The truth of this claim seems so undeniable as to render it almost entirely without interest; the claim it makes is so weak, no one really contests it.”

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ *Ibid.*

específica entre o direito e a moral; (ii) a de que a tese das “fontes sociais” ou, como prefere Coleman, a “tese do fato social”, é, na verdade, o núcleo do positivismo jurídico descritivo. Coleman vai além de Hart no que este ordinariamente denominava “nenhuma conexão necessária”, na elaboração da “tese da separabilidade”. Entretanto, na esteira de Hart, quando Coleman aborda os detalhes de sua posição, apenas a negação das conexões necessárias específicas entre direito e moral, como a prescindibilidade de um padrão moral para conferir validade jurídica, permanece.

2.5 Positivismo jurídico inclusivo e exclusivo

A “tese social”, na concepção acima apresentada, estatui que o que conta como direito em uma determinada sociedade é fundamentalmente uma questão de fato social ou convenção. Positivistas jurídicos, no entanto, disputam o significado dessa assertiva. De um lado do debate estão os defensores do “positivismo jurídico inclusivo” e de outro estão os defensores do “positivismo jurídico exclusivo”.

A primeira vertente, que pode ser representada pelos juristas Herbert Hart, Jules Coleman, Mathew Kramer, Einar Himma e Wilfried Waluchow, sustenta que as condições socialmente aceitas para a validade jurídica em um determinado sistema jurídico pode, mas não precisa, incluir padrões morais substantivos. Falando de outro modo, se, como “fato social”, uma comunidade determinada inclui entre seus critérios de conteúdo do direito ou validade jurídica padrões (*standards*) baseados no mérito da norma, então esses padrões passam a fazer parte do direito daquela comunidade.

Consideremos, por exemplo, uma comunidade em que a constituição política socialmente aprovada e ratificada fornece os padrões básicos para validade jurídica.¹⁷⁰ Se essa estruturação prevê que a norma N é um direito

¹⁷⁰ Cada dos autores citados, exceto Hart auto-identifica suas teorias como versões do “positivismo jurídico inclusivo”. Pode-se incluir Hart com cautela nesse grupo, considerando que ele afirmara repetidamente que uma sociedade poderia decretar um sistema jurídico com um padrão moral como uma condição de validade jurídica, o que é a marca do “positivismo jurídico inclusivo”. Veja-se o que Hart afirma a esse teor na página 269 do “O Conceito de Direito”. Enquanto

da comunidade C, se N fornece uma regra de decisão apenas para disputas em C, então uma dada norma pode se tornar um direito da comunidade baseada apenas nos méritos N ou, mais precisamente, nas regras de decisão fornecidas em N.

Um positivista jurídico inclusivo defende que um juiz encarregado de determinar se N é um direito válido da comunidade C poderia erroneamente julgar a validade jurídica de N em C, caso o juiz avalie equivocadamente a “justiça” de N. Como resultado do “fato social” que C promove essa disposição constitucional, a “justiça” da norma torna-se para o positivista jurídico inclusivo o critério de validade jurídica e passa a ser considerada parte do direito de C.¹⁷¹

Entre os representantes do “positivismo jurídico exclusivo”, talvez o mais destacado seja Joseph Raz que, no entanto, vem acompanhado por juristas contemporâneos de prestígio como John Gardner, Andrei Marmor, Scott Shapiro, e Brian Leiter. Essa corrente sustenta que as condições socialmente aceitas para a validade jurídica de uma norma se limitam às fontes sociais da regra jurídica.¹⁷² Em outras palavras, os critérios utilizados pelos funcionários competentes para determinar o conteúdo do direito de certa comunidade não fazem parte do direito daquela comunidade. Pelo contrário, é o próprio ato do funcionário competente de criar a regra que é designadamente a fonte social do direito. Por exemplo, um

Coleman prefere o nome de "incorporationism", ele admite que sua teoria é uma versão do “positivismo inclusivo”. Ver, por exemplo, Jules Coleman no *The Practice of Principle*, 67 n.3. Exemplos de trabalhos dos outros defendendo o “positivismo jurídico inclusivo” que incluem: Matthew H. Kramer, *On Morality as a Necessary or Sufficient Condition for Legality*, *American Journal of Jurisprudence* 48 (2003) 53-81 e *Where Law and Morality*; Kenneth Einar Himma *Inclusive Legal Positivism*", in Jules Coleman e Scott Shapiro ed, *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, 125-165 e "Law's Claim to Legitimate Authority" in Jules Coleman ed, *Postscript Hart: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, at 271-309, e Wilfrid Waluchow, *Inclusive Legal Positivism* (Oxford: Clarendon Press, 1994).

¹⁷¹ CASEY, Brian. *Natural Law And The Challenge of Legal Positivism*, pp. 79/80. A Dissertation presented to the Faculty of the Graduate School at the University of Missouri-Columbia. In Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree Doctor of Philosophy. Decembrer 2007.

¹⁷² Raz não usa, até onde pudemos pesquisar o nome “positivismo jurídico exclusivo” para rotular a sua teoria, e eu mais uma vez o faço, com um pouco de hesitação, com base em suas percepções, tais como aquelas encontradas em sua *The Authority of Law and Ethics in the Public Domain*, que são explicitadas sem discordância com as articulações principais do positivismo jurídico exclusivo. As outras obras defendendo o positivismo exclusivo dignas de nota são as seguintes: John Gardner, “*Legal Positivism: 5 ½ Myths*”; Andrei Marmor, *Exclusive Legal Positivism e Positive Law and Objective Value*, Oxford: Clarendon Press, 2001; SHAPIRO Scott J. *On Way Out de Hart*, in Jules Coleman ed, *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, p. 149-191; e Brian Leiter, *Legal Realism, Hard Positivism, and Limits of Conceptual Analysis*.” Leiter, defendendo o positivismo exclusivo reflete uma mudança da posição que ele sustentou em “*Legal Positivism*”, Denis Petterson Ed. *A Companiorn to Philosphy of Law and Legal Theory*. Oxford: Blackwell, 1996, p. 241.

positivista jurídico exclusivo negaria que o critério de “justiça” é uma exigência jurídica substantiva e que faça parte do direito em C, mesmo que promulgada uma norma constitucional em que a norma N é um direito da comunidade C, se N fornece uma regra apenas que subsidie a decisão para as disputas em C.¹⁷³

Apesar da linguagem simples dessa disposição constitucional, um positivista jurídico exclusivo sustenta que essa disposição não cria uma condição baseada no conteúdo para afiançar a validade jurídica de uma regra, mas confere ao juiz o poder de decidir se o direito é apenas suposto. Se um juiz declara que um direito N é justo (satisfazendo assim uma condição suficiente para a validade jurídica em C), não é a “justiça” de N que explica a sua inclusão como direito em C, mas a determinação de autoridade do juiz de que N satisfaça essa condição para conferir validade jurídica em C. Não há uma “meta-regra” para a validação jurídica de uma outra regra, mas uma fonte social que autoriza essa validação jurídica.¹⁷⁴

As caracterizações aqui feitas fornecem apenas esboços simples do positivismo jurídico inclusivo e exclusivo, mas deixam de lado, por conveniência, ricos detalhes que permeiam essas teorias, assim como argumentos a favor ou em oposição a cada uma dessas vertentes. Entretanto, para os efeitos que, por ora, nos basta saber, a distinção entre positivismo jurídico inclusivo e o exclusivo pode ser representada pelas seguintes versões da “tese social”:

- (i) “Tese social fraca”: se uma certa norma é um direito válido de sistema jurídico particular, é uma questão de fato social, e os fatos sociais relevantes podem incluir normas substantivas, segundo as quais, a comunidade identifica o direito, incluindo padrões fundados em mérito ou moral que pode adotar;
- (ii) “Tese social forte”: se uma dada norma é um direito válido de um determinado sistema jurídico é uma questão de fato social, e os fatos sociais relevantes são apenas fatos sobre fontes dessa norma, em particular o comportamento humano subjacente ao *status* de direito dessa norma.¹⁷⁵

¹⁷³ CASEY, Brian. *Natural Law And The Challenge of Legal Positivism*, pp. 79-80. A Dissertation presented to the Faculty of the Graduate School at the University of Missouri-Columbia. In *Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree Doctor of Philosophy*. Decembrer 2007.

¹⁷⁴ Ibid., 80-81.

¹⁷⁵ RAZ, Joseph. In: *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*. Second Edition. Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 39-40. Os nomes “tese social forte” e “tese social fraca” foram inspirados em Raz, embora possam ser utilizados em versões distintas da utilizada por ele. Por exemplo, Raz afirma que: “Uma teoria jurídica só é aceitável se os testes para identificar o conteúdo do direito determinarem a sua existência dependendo exclusivamente de fatos do

Ambas as versões da tese social afirmam que a validade jurídica no interior de um sistema é, em última análise, uma questão de “fato social”. Característica, talvez, mais marcante, do positivismo jurídico exclusivo, a “tese social forte” sustenta que a validade jurídica é constituída por todos e somente pelos fatos sociais oriundos das fontes sociais do direito de uma comunidade. Em contraste, a “tese social fraca”, como traço típico do positivismo jurídico inclusivo, permite a possibilidade de se considerar o conteúdo moral, em contraste com o fundamento puro de origem (social) das fontes – *pedigree*, nas palavras de Dworkin – para que tenha validade jurídica. No entanto, por estar inserida no “positivismo”, mesmo a versão inclusiva jamais admitiria que suas condições não fossem derivadas ou enraizadas em fontes ou fatos sociais. Apesar dessas peculiaridades, na medida em que a “tese fraca do jusnaturalismo” acomoda a alegação central compartilhada por ambas as versões da “tese social”, desapareceria, com efeito, a efetiva contraposição entre essa vertente jusnaturalista e qualquer das duas formas de positivismo jurídico.

2.5.1

Tese das fontes sociais e a tese fraca do jusnaturalismo

A assertiva de que a “tese fraca do jusnaturalismo” não contraria as versões inclusiva e exclusiva do positivismo jurídico pode trazer algumas perplexidades. Se isso é verdadeiro, por que, então, há tanta celeuma teórica a respeito do tema? Tentaremos, portanto, trazer alguns esclarecimentos sobre a matéria. Acreditamos que diversos mal-entendidos sobre o assunto foram causados pelo sentimento de justiça inerente ao Homem, mas que, a partir da modernidade, ousou colocar em prática por meio do direito positivado. Isso teria gerado a crença de que o ser humano, senhor absoluto de seu destino, teria aptidão e avanço civilizacional suficiente para criar sistemas jurídicos que compreendessem e efetivassem todos os ideais de justiça e perfeição desejados. Em certo ponto, ele pode até atingir certos ideais, mas, diante das divergências de

comportamento humano capazes de serem descritos em termos neutros, e aplicados sem recorrer ao argumento moral.” no original: “*A jurisprudencial theory is acceptable only if its tests for indentifying the content of the law and determining its existence depend exclusively on facts of human behaviour capable of being described in value-neutral terms and applied without resort to moral argument.*”

opiniões sobre o ideal de felicidade, não se faz possível impor a todos uma fórmula ou um caminho comum para atingi-la.

Adentrando no tema, podemos verificar que, uma vez que sejam devidamente compreendidas, as teses das “fontes sociais”, nas suas vertentes fraca e forte, não apenas passam a ser vistas como consistentes com a “tese fraca do jusnaturalismo”, como são até mesmo reivindicadas por ela. Conforme já descrito, essa versão jusnaturalista defende que, mesmo um direito injusto pode ser válido, desde que seja baseado num “fato social” que satisfaça os critérios que o próprio sistema jurídico (“regra de reconhecimento”) estabeleceu para que uma norma possa ser considerada válida.

Quanto ao jusnaturalismo, a “tese do fato social” apenas pode ser entendida à luz de uma teoria intrassistêmica de validade jurídica que defina os critérios segundo os quais o direito positivo pode ser identificado como consubstanciador de certo sistema jurídico, independentemente do seu mérito moral. Em outras palavras, a questão de se saber se o direito próprio de uma comunidade é também um direito no sentido mais amplo do termo, depende da prévia determinação fática de que é um direito válido na comunidade que o ostenta como tal. Por essa razão, o jusnaturalismo na versão fraca deve considerar aspectos importantes da tese social.

Partindo da premissa de que existem duas vertentes da “tese social”, faz-se importante lançarmos a indagação se o jusnaturalismo, ora considerado – “versão fraca” –, é capaz de se compatibilizar com ambas as vertentes da “tese social” ou requer a exclusão de uma ou de outra. Finnis, como poderemos ver, tem pouco interesse nessa disputa que, com toda a evidência, tem mais importância no seio positivista, mas, mesmo assim, apresenta a seguinte impressão:

Nenhuma verdade sobre o direito parece estar sistematicamente em jogo nas disputas contemporâneas entre positivistas jurídicos exclusivos e inclusivos. A disputa central não parece valer a pena perseguir. Desde que uma delas se faça clara e inequívoca aos leitores, não importa nem um pouco se um direito positivo é definido como (a) todos e apenas os

padrões de origem (*pedigree*) ou se (b) todos e somente os padrões aplicáveis por juízes atuando como tais.¹⁷⁶

Como essa passagem afirma, a partir da perspectiva jusnaturalista na sua “versão fraca”, o debate entre positivistas jurídicos, exclusivos e inclusivos, é meramente semântico e implica apenas que as prescrições sejam precisamente descritas como parte do direito de uma comunidade. Pode-se identificar o conteúdo do direito em uma certa comunidade usando apenas critérios fundados nas “fontes sociais” ou de “*pedigree*” da norma. De maneira alternativa, é possível que determinado sistema jurídico incorpore princípios, incluindo princípios morais que os juízes aplicam quando identificam o teor do referido sistema jurídico.¹⁷⁷

Sob qualquer uma dessas explicações atinentes à validade jurídica de determinada norma, ainda permanece a questão se as regras que são consideradas direito por “fatos sociais” são direitos no sentido mais amplo do termo, quer dizer, fornecem diretrizes razoáveis para a ação. Apesar de certa ambivalência a respeito do tema, Finnis declarou que compreende o “positivismo jurídico inclusivo” como descritivamente mais adequado do que a vertente exclusiva.

No que diz respeito à aplicação judicial de novas normas jurídicas, Finnis afirma que “a prestação jurisdicional (*adjudication*) envolve o dever de não declarar e não aplicar uma regra, a menos que se possa dizer com toda a segurança que ela foi prestada dentro do padrão juridicamente adequado, levando em conta as circunstâncias que se apresentam, dentro, por óbvio, de um padrão jurídico que

¹⁷⁶ FINNIS, John. In: *Natural Law: The Classical Tradition*. Jules Coleman and Scott Shapiro ed., The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 13. No original: “No truth about law seems to be systematically at stake in contemporary disputes between exclusive and inclusive legal positivists. The central dispute seems not worth pursuing. Provided one makes oneself clear and unambiguous to one’s readers, it matters not at all whether one defines positive law as (a) all and only the pedigreed standards or as (b) all and only standards applicable by judges acting as such.”

¹⁷⁷ Ronald Dworkin, um dos mais duros críticos do positivismo jurídico, popularizou tanto os critérios fincados na “fonte social” como nos testes de “*pedigree*” para verificar-se a validade jurídica e o reconhecimento de que princípios morais abstratos podem desempenhar um papel tão importante na prestação jurisdicional como as normas jurídicas concretas o fazem. DWORKIN, Ronald. O modelo de Regras I. in *Taking Rights Seriously* Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977. p. 14-45.

seja adequado”.¹⁷⁸ Assim, Finnis afirma que uma teoria acerca da validade jurídica precisa considerar como parte do direito de uma comunidade as regras desarticuladas que justificam uma regra jurídica “juridicamente adequada”, levando em consideração os princípios e os precedentes aplicáveis ao caso.¹⁷⁹

Desta feita, a regra passa a fazer parte do direito da comunidade com base em seus méritos, como permitido por um positivista jurídico inclusivo. Por outro lado, um positivista jurídico exclusivo encontraria a raiz da validade jurídica da regra em uma ação perante a um tribunal que declararia se a regra pode ser considerada direito, fazendo do juiz, na prática, um legislador (*quasi-legislator*) que edita um novo direito, ainda que retroativamente. Ao incluir normas jurídicas fundadas no mérito e também os princípios como parte do direito de uma comunidade, Finnis indica que a “tese social fraca”, como defendem os positivistas jurídicos inclusivos, descreve a validade jurídica de determinado sistema jurídico de um modo mais preciso.

Aceitando que os princípios morais aos quais os tribunais recorrem ao decidirem os litígios que surgem diuturnamente podem ser, mesmo que isso seja prescindível, propriamente descritos como parte do direito de uma determinada comunidade, é algo coerente com a afirmação albergada pela “teoria fraca do direito natural”, no sentido de que determinado direito só é válido como um direito, em um espectro mais amplo, quando se amolda, em certo sentido, a um padrão moral. No entanto, não há incoerência lógica em negar que testes acerca da validade jurídica com base no mérito possam ser incluídos entre as normas jurídicas de uma determinada comunidade, defendendo-se, ainda, uma versão fraca do direito natural.

A “tese fraca do jusnaturalismo” exige a efetividade (*truth*) de uma das versões da “tese social”, mas é possível, trabalhando a partir do pressuposto

¹⁷⁸ FINNIS, John. . In: *The Fairy Tale’s Moral*. The Law Quarterly Review, n° 115, 1999, p. 175.

¹⁷⁹ O termo “juridicamente adequado” parece enfatizar que ele não insiste na existência necessária de uma única solução, a melhor resposta em disputa jurídica. Finnis afirma, por exemplo, que se deve rejeitar a tese de Dworkin de “que, mesmo em casos difíceis, há de ser presumida uma única resposta juridicamente correta”, porque “esta tese exagera tanto a especificidade dos próprios padrões da moralidade e da lingüística e intencional ‘determinacy’ da maioria das regras positivadas. FINNIS, John. In: *Natural Law: The Classical Tradition*, p 36; FINNIS, John. In: *Natural Law and Legal Reasoning*, Cleveland State Law Review, vol. 38:1, 1990.

de que a versão fraca do direito é correta, tentar resolver o debate nos termos travados por essas duas vertentes teóricas. Independentemente de qual versão da tese social, forte ou fraca, seja mais apropriada, basta-nos demonstrar que a única e verdadeira asserção da tese social do positivismo jurídico constitui uma pretensão descritiva bastante limitada. A tese social só faz uma afirmação sobre a validade jurídica intrassistêmica e não pretende esgotar a natureza do direito. Não há nenhuma inconsistência no duplo reconhecimento de (i) que se um determinado direito é um direito válido em um regime jurídico específico, é uma questão de fato social e (ii) que um determinado direito válido pode falhar ainda nos propósitos morais essenciais do direito, não importando quais esses propósitos possam ser. Enquanto a discussão acima não fornece nenhuma razão para acreditar que, como alegado pela “tese fraca do jusnaturalismo”, o direito tenha essa finalidade, isso demonstra que tal propósito é consistente com a “tese social”.

Até o presente momento, apresentou-se a contraposição do positivismo descritivo ao jusnaturalismo, afirmando-se que o positivismo jurídico ostenta duas afirmações descritivas que o jusnaturalismo, por outro lado, supostamente negaria: a “tese de separabilidade” e a “tese das fontes sociais”. Fossem essas duas teses verdadeiras, e se, de fato, fossem negadas pelos defensores do jusnaturalismo, então, o positivismo jurídico descritivo seria mais do que uma contraposição ao jusnaturalismo, pois não só descreveria melhor a natureza do direito, mas demonstraria, também, que a descrição da natureza do direito pelo jusnaturalismo clássico seria falsa.

No entanto, buscamos demonstrar que a “tese da separabilidade”, se entendida como uma negação geral de conexões necessárias entre direito e moral, é falsa e que a “tese fraca do jusnaturalismo” não nega a “tese das fontes sociais”. Ou seja, se essas duas teses forem os dois únicos pontos reivindicados como elementos distintivos do positivismo jurídico descritivo, então, pode-se concluir, que o positivismo não apresenta uma verdadeira contraposição à “tese fraca do direito natural”, considerando-se, como visto acima, que esta não renega, e até mesmo pode se dizer que admite a adota a “tese social”, enquanto, por outro lado, descarta a “tese de separabilidade”.

Ao longo dessa dissertação, no entanto, já foram mencionadas circunstâncias nas quais os positivistas jurídicos asseveram que merece existir um enfoque mais específico. O mais notável é a diferenciação entre a “normatividade do direito” e a “normatividade da moral”. No próximo capítulo, será abordada o que poderíamos denominar a contraposição crucial entre positivismo jurídico e o jusnaturalismo. Vale dizer: a contraposição do “positivismo jurídico metodológico”. Ao fazer essa abordagem, tentaremos demonstrar que essas tentativas de distinguir uma “normatividade” própria do direito de uma “normatividade” própria da moral também não conseguem ser substanciais a ponto de formar um firme convencimento desse fenômeno.