

POSITIVISMO NORMATIVO E O DEBATE QUE IMPORTA

NORMATIVE POSITIVISM AND THE DEBATE THAT MATTERS

ANDREA FAGGION¹
(UEL/Brasil)

RESUMO

Eu argumento que o debate conceitual em torno da tese positivista da separabilidade entre direito e moralidade não tem relevância prática ou teórica, na medida em que, primeiro, as consequências morais benéficas que alguns positivistas julgaram decorrer da adoção da tese da separabilidade podem decorrer plausivelmente da mesma forma de sua rejeição e, segundo, os dados disponíveis para a análise do teórico do direito se coadunam tanto com o conceito positivista de direito quanto com conceitos rivais, até porque a decisão pelos dados que contam já depende da teoria que adotamos. Em outras palavras, eu trato o conceito de direito como um artefato e ofereço algumas evidências de que nada de relevo dependa de como moldaremos exatamente esse artefato. Após ter argumentado nesse sentido, eu concluo o artigo sugerindo que o debate que importa no âmbito da teoria analítica do direito diz respeito ao positivismo normativo como um modelo de decisão prescrito às autoridades.

Palavras-chave: Positivismo jurídico; Direito; Moralidade.

ABSTRACT

I argue that the conceptual debate around the positivist thesis of the separability of law and morality is of no practical or theoretical relevance, insofar as, first, the beneficial moral consequences that some positivists have judged to follow from the adoption of the separability thesis may plausibly follow in the same way of its rejection and, second, the data available for the analysis of the legal theorist are in line with both the positivist concept of law and rival concepts, not least because the decision for the data that count is already dependent on the theory we adopt. In other words, I treat the concept of law as an artifact and offer some evidence that nothing of importance depends on exactly how we shape that artifact. After having argued in this sense, I conclude the paper by suggesting that the debate that matters within the scope of analytic theory of law concerns normative positivism as a model of decision prescribed to authorities.

Keywords: Legal positivism; Law; Morality.

Introdução

Positivismo jurídico pode significar muitas coisas. Neste trabalho, eu distingo entre várias versões do positivismo jurídico: uma descritivo-conceitual, outra descritivo-contingente e, por fim, uma normativa. As

versões conceitual e normativa também possuem diferenças internas. No caso, eu distingo entre dois tipos de positivismo normativo: um primeiro tipo, que prescreve às autoridades que nos governam o modelo de decisão descrito pelo positivismo descritivo-contingente, e um segundo tipo, que prescreve a adoção por todos nós do positivismo conceitual, e, mais especificamente, de um tipo de positivismo conceitual, o positivismo exclusivo. Então, eu argumento que este último tipo de positivismo normativo fracassa. Na sequência, eu alego que o fracasso desse positivismo normativo nos deixa sem termos como decidir entre o positivismo conceitual e teses rivais sobre o conceito de direito. Por fim, eu sugiro que isso não é um problema, porque a mesma investigação mostra justamente a irrelevância da nossa decisão por um ou outro conceito de direito. Resta que o debate que importa e ao qual, portanto, deveríamos dedicar nossos esforços é o debate sobre o primeiro tipo de positivismo normativo, ou sobre como as autoridades devem tomar suas decisões.²

1. O que é positivismo jurídico?

Antes de mais nada, convém dizer o que o positivismo jurídico não é. Ele não deve ser confundido com o positivismo sociológico, segundo o qual fenômenos sociais devem ser estudados pelos mesmos métodos das ciências naturais, e nem com o positivismo lógico, segundo o qual o significado de uma sentença depende de como podemos verificar essa sentença (GREEN, 2019, on-line). A tese positivista em filosofia do direito não pressupõe uma doutrina específica sobre o método científico a ser adotado pelas ciências sociais ou uma teoria semântica mais ampla.

Já ao tentarmos identificar o que é, então, positivismo em filosofia do direito, as coisas ficam bem mais complicadas. Temos que ter em conta os diversos sentidos que a tese positivista adquire em debates diferentes, que se dão em torno de questões distintas. Mas, como um ponto de partida, podemos notar que, em seu núcleo, a tese positivista é, obviamente, sempre uma tese da separabilidade entre moralidade e direito (CAMPBELL, 1996, 69; COLEMAN, 1982, 140-141; HART, 1958; 1994, 185-186; MACCORMICK, 1985, 8-9; SCHAUER, 1996, 35; SOPER, 1986, 32, 47-48; WALDRON, 1999b, 169-170; 2001, 411; WALUCHOW, 1994, 90).

Note que separabilidade significa a ausência de uma conexão necessária, ou seja, de uma relação conceitual ou constitutiva, e não de uma relação de fato. Por exemplo, como uma questão de fato, o direito é constantemente influenciado pelas convicções morais correntes na sociedade governada por suas normas. A tese da separabilidade não nega essa verdade.

Contudo, a ausência de uma conexão necessária ou conceitual entre direito e moralidade ainda não é uma formulação suficientemente precisa da tese positivista. Positivistas da mais alta relevância, como Leslie Green (2008, 1044) e Joseph Raz (2003, 3), negam não somente que a tese assim formulada caracterize o positivismo como também que ela seja uma tese verdadeira. Por exemplo, todo sistema jurídico pode ser moralmente avaliado. Essa é uma conexão necessária entre direito e moralidade. Portanto, a tese positivista deve se tornar mais precisa. Trata-se da negação de uma conexão necessária em específico entre direito e moralidade: as condições de validade jurídica de uma norma não precisam necessariamente incluir a satisfação de requerimentos morais. Jules L. Coleman (1982, 143) chamou essa tese de positivismo negativo. A ideia é simplesmente que não é autocontraditório conceber um sistema jurídico em que a validade moral não seja uma condição necessária de validade jurídica.

É verdade, porém, que uma tese negativa deixa algo a desejar. Nós queremos aprender algo de positivo sobre a natureza do direito. O positivismo tem uma tese positiva sobre o direito a nos oferecer? Na verdade, como aqui começam os desacordos, os positivistas nos oferecem não uma, mas várias teses positivas rivais sobre a natureza do direito. Existem dois grupos principais que se antagonizam: os positivistas inclusivos, que têm Coleman como seu principal representante,³ e os positivistas exclusivos, que são representados, sobretudo, por Raz. Na verdade, "positivismo inclusivo" é a terminologia preferida por W. J. Waluchow (1994), como diz o título de seu livro. Coleman (1998) prefere "incorporacionismo".

Como ambas as terminologias sugerem, o positivismo inclusivo admite que a satisfação de critérios morais possa ser uma condição necessária de validade jurídica em alguns sistemas jurídicos (COLEMAN, 1998, 382). Para que a tese da separabilidade seja respeitada, basta que tal satisfação de requerimentos morais não seja tida por conceitualmente necessária, isto é, que ela não seja afirmada como uma condição necessária em todos os sistemas jurídicos possíveis (COLEMAN, 1982, 141-142). Por isso, Waldron (2001, 413-414) afirma que o positivismo negativo não proíbe o positivismo inclusivo.

O que torna o positivismo inclusivo uma tese positiva, porém, é a constante que ele oferece: em todos os sistemas jurídicos possíveis, sejam lá quais forem os critérios de validade jurídica adotados, eles serão definidos pelo que é aceito pelos funcionários do sistema (COLEMAN, 1982, 148), ou seja, os critérios de validade jurídica são sempre determinados pelas práticas sociais dos agentes relevantes. Por isso mesmo, ainda se trata de um tipo de positivismo: o direito (e não apenas o conceito de

direito) é uma criação humana, ainda que seja uma criação que o ser humano, contingentemente, pode decidir submeter a condições morais. As fontes sociais ainda prevalecem, porque, como diz Green (2019, on-line), para esses positivistas, as fontes de direito é que tornam seus méritos relevantes.

Todavia, segundo os positivistas exclusivos, os positivistas inclusivos vão longe demais em suas concessões aos críticos do positivismo. Para eles, como também sugere a terminologia, o que conta como direito é exclusivamente determinado pelas fontes sociais em todos os sistemas jurídicos possíveis, sem recurso a qualquer argumento avaliativo (RAZ, 1985, 296). Claro que positivistas exclusivos não negam que juízes decidam casos usando argumentos avaliativos em sistemas jurídicos genuínos. Ocorre que o positivismo descritivo conceitual não formula teses sobre como juízes decidem ou devem decidir casos. Suas teses são teses sobre o que conta como direito positivo, sendo que advogados e juízes não se restringem a lidar com a lei como o positivista a entende (SCHAUER, 1996, 54-55, n. 37; GREEN, 2019, on-line).

Também é verdade que a própria letra de uma lei genuína pode incluir (e, de fato, costumeiramente, inclui) referência a valores morais para que ela seja aplicada. Para o positivista exclusivo, isso implica apenas que o legislador transfere para o aplicador do direito a tarefa de fixar o direito para um determinado grupo de casos. Quer dizer, enquanto o positivista inclusivo nos diz que, em situações do tipo, a fonte social do direito determinou um critério moral para a validade jurídica, o positivista exclusivo nos diz que essas são situações em que a fonte social do direito será a própria decisão judicial.

Seja lá como os positivistas conceituais expliquem o que ocorre quando um juiz argumenta moralmente ou quando a letra de uma lei positiva inclui valores morais, a princípio, também é possível que existam sistemas, em que os aplicadores do direito estão mais restritos em suas decisões por normas cujo conteúdo é determinado pelas suas fontes, sem que haja um convite à argumentação moral para que esse conteúdo possa ser definido caso a caso. Se não houver sistemas inteiros do tipo, ao menos em determinadas partes suas, alguns sistemas normativos podem ser desenhados de tal maneira que as decisões tomadas em seu âmbito se baseiem em regras pré-estabelecidas, fazendo com que o tomador de decisão precise apenas considerar se a condição de uma regra está satisfeita e, em caso afirmativo, aplicar a consequência prevista na regra. Por exemplo, um funcionário de um sistema normativo pode ser incumbido de atuar como fiscal de trânsito, de forma que sua tarefa seja apenas verificar, com um radar, a velocidade em que veículos trafegam por um

determinado ponto de uma via, anotando as placas dos veículos que passem pelo radar a mais de x km/h e atribuindo multas de um valor y a esses veículos. Nessas circunstâncias, normas baseadas em fontes são aplicadas sem recurso a juízos avaliativos.

Agora, nenhum positivista conceitual, seja ele inclusivo ou exclusivo, está afirmando que sistemas normativos precisem ser sistemas em que todas as decisões são tomadas do modo descrito acima para que sejam sistemas jurídicos ou para que satisfaçam suas teses. Mas há outro tipo de positivista descritivo, não conceitual, que considera que o modelo de decisão baseado em regras é o modelo tipicamente positivista de decisão.

Para o último tipo de positivista, um sistema normativo pode ser um sistema jurídico mesmo que, nele, decisões não sejam tomadas com base em um domínio limitado de regras. Por isso mesmo, não se trata de um positivismo conceitual. Esse positivista apenas defende que um sistema jurídico pode ser ou não positivista, assim como pode ser mais ou menos positivista, conforme a extensão em que esse sistema use o modelo de decisão pautado por regras pré-definidas. Podemos fazer essa distinção entre um positivismo descritivo conceitual e um positivismo descritivo não conceitual com base em Frederick Schauer (1991b, 666). No debate descritivo não conceitual, em suma, não é o conceito de direito que pode ser ou não positivista, mas cada sistema jurídico em particular, conforme ele faça uso ou não do procedimento de decisão tipicamente positivista.

Agora que já temos ao menos uma visão esquemática do positivismo descritivo, podemos, finalmente, introduzir o positivismo normativo. Ele se apresenta em duas versões principais (cf. MURPHY, 2001, 384, n. 56). A primeira prescreve exatamente o modelo de decisão baseado em regras. Essa versão, no positivismo recente, é capitaneada por Tom D. Campbell (1996), que, por sinal, prefere a expressão "positivismo ético",⁴ e por Jeremy Waldron (1996, 2001, 2002). Já a segunda versão nos remete ao positivismo conceitual, porque o que é prescrito é que adotemos um conceito de direito positivista. Esta última versão foi defendida, por exemplo, por Liam Murphy (2001) e, na década de 1990, por Schauer (1996, 1998). Antes de Schauer, encontramos a defesa dessa forma de positivismo normativo, famosamente, em Neil MacCormick (1985).⁵ De certa forma, a tese chegou até a ser defendida pelo próprio Hart (1958; 1994, 210), no final dos anos 1950 e na sua obra magna, *The Concept of Law*, publicada originalmente em 1961.⁶

Existem várias linhas argumentativas distintas a favor de um positivismo normativo do primeiro tipo. Citarei alguns desses argumentos apenas com o intuito de ilustrar melhor essa tese para que não haja ambiguidade entre ela e o segundo tipo de positivismo normativo, objeto

deste trabalho. No caso, costuma ser argumentado que decisões baseadas em regras são mais eficientes, pois, se tudo que tivermos a considerar para tomarmos uma determinada decisão for a satisfação ou não da condição da regra (no nosso exemplo acima, se um veículo trafegou ou não acima de x km/h), então, essa decisão será muito mais rápida e menos onerosa do que se tivéssemos que considerar todos os fatores potencialmente relevantes antes de impormos determinada consequência jurídica. Decisões tomadas segundo regras, além disso, são mais previsíveis. Afinal, se todas as coisas podem ser consideradas em uma deliberação, é muito mais difícil prever seu resultado. Também costuma ser considerado (inclusive, por HART, 1994, 206) que decisões pautadas em regras são mais justas em um sentido formal de justiça, sendo este um argumento que se baseia na equiparação entre decisões segundo regras e decisões que tratam os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual.⁷

Porém, a meu ver, os argumentos mais interessantes a favor do primeiro tipo de positivismo normativo são aqueles decorrentes da necessidade de coexistirmos em um cenário de desacordo moral, da necessidade de limitarmos o poder do Estado (dada a ameaça que ele representa) e de possíveis benefícios a serem extraídos da alocação de poder permitida por regras. Segundo Campbell (1996, 21), por exemplo, a situação de incerteza moral parece demandar um papel para o governo, como fonte arbitrária do nosso conhecimento do certo e do errado, determinando padrões que não podem ser socialmente acordados, o que nos empurra na direção da teoria de Thomas Hobbes (1998a, 1998b), frequentemente apontado como precursor deste positivismo normativo. Em outras palavras, regras validadas por fontes formais fazem as vezes de uma razão pura prática que não se materializa entre nós para determinar conclusivamente a resposta certa quando opiniões morais conflitam. Como é bem sabido, Waldron (1999a) escreveu um livro todo sobre esse tema: *Law and Disagreement*.

Também Campbell (1996, 19) e Waldron (2001, 430), desta vez mais alinhados com a filosofia de Jean-Jacques Rousseau (1999), argumentam que uma forma positivista de governança por regras determinadas por suas fontes é necessária para limitar o poder do Estado e moderar o risco de que ele seja apropriado para o benefício de alguns em detrimento de outros. Está em jogo aqui o que Campbell chama de paradoxo da política: o Estado gera benefícios, mas vem com um custo, que é justamente o risco constante de que sua coerção seja exercida no interesse de grupos poderosos.⁸ Segundo o argumento, a necessidade de tomar decisões sempre de acordo com regras criaria dificuldades para essa instrumentalização privada do poder estatal.

Por fim, encontramos em Schauer (1991a, 158-161) um apoio qualificado a essa forma de positivismo normativo, no argumento da alocação de poder. Regras transferem o poder daquele que toma a decisão para aquele que faz a regra, o que pode ser benéfico, dependendo do contexto e dos nossos objetivos ao desenharmos um ambiente de tomada de decisão.⁹

Restrinjo-me a essas breves considerações, sem discutir cada argumento, porque não é o meu objetivo neste artigo analisar o debate em torno do primeiro tipo de positivismo normativo. O meu foco é a segunda forma de positivismo normativo, da qual eu passo a tratar na seção seguinte.

2. O argumento das consequências morais benéficas

2. 1. Um simples *non sequitur*?

O que eu chamo de segundo tipo de positivismo normativo, como já dito, é a prescrição moral da adoção de um conceito de direito positivista, baseado na tese da separabilidade, por seus efeitos práticos. Este argumento é consequencialista. Supostamente, haveria consequências morais benéficas caso a tese positivista fosse aceita, consequências estas das quais estaríamos privados na hipótese contrária. Sendo assim, antes mesmo de reconstruirmos o argumento, pode ser útil lidarmos com o que parece ser a objeção mais intuitiva contra ele. Quando primeiro nos deparamos com o argumento das consequências morais benéficas, em virtude da mera forma desse argumento, a tendência é que o classifiquemos como um simples exercício de *wishful thinking* ou um grosseiro *non sequitur*, afinal, do fato de ser bom acreditarmos em *x*, não se segue a verdade de *x* (cf. MARMOR, 2011, 116). David Hume, por exemplo, já nos advertia sobre os perigos de recomendarmos a adoção de teses teóricas com base nas consequências práticas dessa adoção:

Em discussões filosóficas, não há método de raciocínio mais comum, mas também mais condenável, que tentar refutar uma hipótese a pretexto de suas consequências perigosas para a religião e a moral. Quando uma opinião nos leva a absurdos, é certamente falsa; mas não é certo que uma opinião seja falsa porque tem consequências perigosas. Argumentos como esse, portanto, deveriam ser rigorosamente evitados, porque não ajudam em nada na descoberta da verdade, servindo apenas para tornar odiosa a pessoa do adversário (HUME, 2009, 445).

Waluchow (1994, 89) aproveita a deixa de Hume para comparar a defesa da tese positivista por suas consequências benéficas com a recusa da Revolução Copernicana por suas consequências negativas para a fé cristã. Mas as coisas não são tão simples assim. Só podemos aceitar a analogia de Waluchow como um argumento conclusivo contra o argumento das consequências morais benéficas se nosso conceito de direito corresponder a um tipo natural. Se, pelo contrário, o conceito de direito for um modelo para a síntese de uma multiplicidade de fenômenos que não se encontra pronto na realidade, mas que é imposto à realidade, faz sentido que possamos escolher o modelo que iremos impor à realidade por razões que não sejam estritamente epistêmicas. Portanto, como veremos abaixo, que o conceito de direito não seja um tipo natural, mas, sim, um artefato ou uma criação humana é uma das premissas do argumento reconstruído.

2.2. Reconstrução do argumento

O artigo *Positivism as Pariah* (1996), de Schauer, é uma das referências mais importantes para este argumento. Eu vou me basear nesse artigo para reconstruir o argumento, porque julgo que ele contenha sua formulação mais forte. No artigo em questão, Schauer (1996, 40) parte da premissa de que já vivemos em sociedades em que as instituições das quais o direito emana são suficientemente diferenciadas. Graças a esse fato, Schauer acredita que seremos menos críticos com respeito às normas jurídicas se presumirmos que toda norma jurídica, como tal, passa por um teste mínimo de moralidade. Em outras palavras, o argumento é que a negação da tese positivista da separabilidade só nos tornaria mais críticos com respeito ao direito se não houvesse um sistema de normas dado como direito, de forma que ainda tivéssemos que exercer juízo moral para decidirmos se consideramos ou não um certo dado como parte do direito, o que não seria o caso (SCHAUER, 1996, 42).

Fica claro, portanto, que o argumento de Schauer (1996, 32) assume que a adoção de uma teoria do direito em detrimento de outra pode fazer uma diferença causal na vida prática de uma sociedade e, além disso, que é apropriado que o teórico do direito considere essa diferença. De fato, Schauer (1996, 33-34) defende explicitamente que uma explicação conceitual do direito não pode ser separada das escolhas valorativas do teórico. A palavra "escolha" é fundamental aqui. A tese defendida na passagem em questão é que a definição do direito é escolhida, e não descoberta, sendo essa escolha amplamente influenciada por juízos morais. Como notado acima, essa posição só faz sentido, porque, como Schauer

também diz na mesma passagem, o direito não é um tipo natural, o que ocasiona que a oferta de uma explicação conceitual de sua natureza seja uma seleção de características que pareçam particularmente importantes, atividade esta que, no entendimento de Schauer no artigo em questão, engaja o teórico em um empreendimento inevitavelmente teleológico e normativo.¹⁰

Eu considero o artigo de Schauer bastante representativo dessa linha argumentativa, mas vejo a necessidade de fazer um acréscimo a ele com base no artigo *The Political Question of the Concept of Law* (2001), de Murphy. No caso, é importante termos em conta que o argumento a favor do positivismo baseado em seu suposto potencial anti-quietista, no fim das contas, acaba sendo também um argumento especificamente a favor do positivismo exclusivo. Afinal, a adoção da tese da separabilidade nos termos do positivismo inclusivo pode levar às mesmas consequências práticas de uma negação da tese da separabilidade, ao autorizar que, dentro de um determinado sistema, a satisfação de requerimentos morais seja uma condição necessária de validade jurídica (MURPHY, 2001, 394-396). Quer dizer, se um tipo de quietismo é mesmo uma consequência de pensarmos que uma norma é moralmente válida por ser juridicamente válida, em um sistema que pratique a incorporação do critério moral em seu critério de validade, permitida pelo positivismo inclusivo, haveria quietismo. Portanto, um positivista inclusivo não pode aceitar esse tipo de argumento normativo a favor da adoção do seu conceito de direito. De fato, Coleman, Soper e Waluchow, todos positivistas inclusivos, estão bem cientes disso e até figuram entre os principais críticos do argumento aqui apresentado, como veremos a seguir.

2. 3. As críticas de Coleman, Soper e Waluchow

2. 3. 1. Coleman

De acordo com Coleman (1982, 147), qualquer argumento normativo em prol do positivismo jurídico, como o argumento exposto acima, apenas confunde uma alegação conceitual ou analítica sobre o direito com interesses normativos ou programáticos de certos positivistas. Pior ainda, essa confusão levaria o positivista a uma autocontradição, ou seja, o levaria a cometer o exato erro que o positivismo visa denunciar e corrigir: a inclusão da moralidade, ou do direito que deve ser, na explicação do que o direito é. Para Coleman (1982, 147-148), a tese positivista não precisa desse tipo de argumento, porque ela fica em pé sozinha: deve ser adotada simplesmente porque é uma tese verdadeira sobre o que o direito é.¹¹

Como o ataque de Coleman atinge qualquer tipo de positivismo normativo, a defesa de Waldron também é suficientemente geral, valendo para a defesa do argumento das consequências morais benéficas. A resposta de Waldron nos remete a uma distinção de dois níveis do debate, que já era sugerida no título do artigo de MacCormick (1985): *A Moralistic Case for A-Moralistic Law*. No caso, é preciso distinguir entre os juízos de valor que poderiam ser requeridos em uma teoria não positivista para identificar alguma proposição como uma norma jurídica válida e os juízos de valor que apoiam a posição positivista que avaliações do primeiro tipo não deveriam ser necessárias (WALDRON, 1996, 1541; cf. CAMPBELL, 1996, 76; WALDRON, 2001, 415).

2. 3. 2. Soper

Já segundo Soper (1986, 42-44), há um outro argumento geral contra a metodologia de selecionarmos uma teoria do direito com base em suas consequências práticas. Esse argumento se baseia na premissa que o nome não altera a natureza da coisa. O que importa, para Soper, é que existam diretivas oficiais que possam ser identificadas com base em um teste formal de pedigree. Se chamaremos de direito a todas essas diretivas ou apenas àquelas que também passarem por um filtro moral não é relevante, pois as diretivas oficiais extremamente injustas não deixam de existir por não serem chamadas de direito. Ao não deixarem de existir, mesmo não sendo direito, elas ainda podem inspirar uma resposta automática, sem consideração por seus méritos. Portanto, conclui Soper, a questão do uso da palavra "direito" é irrelevante na prática para a existência ou não de uma atitude crítica perante as normas emanadas de uma autoridade.

Quanto a essa crítica, vale notar que, em sua própria formulação desse argumento previamente atacado por Soper, Schauer (1996, 45-46) observa exatamente que sua preocupação com o problema da obediência automática ao *status quo* é substantiva, e não semântica. Quer dizer, o problema é justamente que se tome as diretivas de instituições sociais duráveis, seja lá como as chamemos, como razões para a ação, por serem diretivas oficiais. A tese da separabilidade do positivismo, para Schauer, acima de tudo, é uma tese substantiva contra essa tendência conservadora de moralização das diretivas das instituições tradicionais, seja lá como as chamemos.

Seja lá como for, o argumento quanto à indiferença do nome não é o único a ser usado por Soper. Em um argumento adicional, Soper (1986, 32) também nega que a disputa sobre a verdade da tese da separabilidade possa ser decidida com base nas consequências práticas da adoção ou da

rejeição dessa tese, porque, segundo ele, o real problema é a existência de instituições oficiais, dotadas de credibilidade, responsáveis por atestar o mérito moral de diretivas oficiais, tendo o poder de afirmar que tais diretivas não são imorais demais para serem impostas. Segundo Soper, tanto uma sociedade de cultura positivista quanto uma sociedade de cultura não positivista poderiam contar com um ordenamento jurídico que incluísse tal órgão, que seria a verdadeira fonte da inspiração à obediência automática à autoridade.

A princípio, o que me salta aos olhos como duvidoso é que esse argumento de Soper valha contra o positivismo exclusivo. O que, de fato, seria esse órgão responsável por atestar a satisfação de requerimentos morais mínimos para que uma norma oficial fosse aplicada, na visão de um positivista exclusivo? O positivista exclusivo, já sabemos, entenderia que a validade da norma que passa pelo crivo desse órgão, em última análise, deriva da própria decisão desse órgão sobre o assunto, e não da satisfação objetiva por parte da norma de requerimentos morais mínimos. Em suma, esse órgão, na interpretação do positivista exclusivo, seria algo completamente diferente, a saber, seria mais propriamente um órgão legislador. Ora, interpretado assim, esse órgão não inspira obediência moral automática. Mas será que, em uma cultura política que rejeitasse o positivismo exclusivo, o resultado seria diferente?

2.3. 3. Waluchow

Interessantemente, Waluchow segue uma linha argumentativa diametralmente oposta a que atribuímos por último a Soper logo acima. Enquanto Soper pensa que atitudes quietistas resultam da existência de um órgão que tenha credibilidade para garantir a validade moral de normas oficiais, um problema, segundo ele, comum ao positivista e ao seu adversário, para Waluchow (1994, 95-97), um órgão do tipo mencionado por Soper seria justamente o que evitaria o quietismo. A alegação de Waluchow é que cidadãos poderiam alegar a nulidade de uma diretiva oficial, por razões morais, em uma corte destinada a esse fim, razão pela qual eles seriam mais críticos com relação ao direito. Assim, Waluchow conclui que, se nós fossemos adotar uma teoria por suas consequências morais benéficas, deveríamos adotar o positivismo inclusivo (e *a fortiori* o jusnaturalismo), já que Waluchow, assim como eu, também pensa que o positivismo exclusivo não inspiraria uma corte do tipo.

Como mencionei na seção acima, destinada a Soper, penso que o positivismo exclusivo faria uma interpretação do tipo de órgão em questão que não levaria ao quietismo. De toda forma, eu tendo a concordar com

Waluchow que uma interpretação divergente desse órgão também poderia ter resultados anti-quietistas. O que quero dizer com isso é que, se o cidadão acreditar, primeiro, que ele tem o dever de obedecer leis positivas genuínas e, segundo, que a legalidade de uma diretiva oficial depende da adequação objetiva dessa diretiva a princípios morais, e não do que é de fato decidido por quem quer que seja, ele terá uma visão crítica da norma oficial, e isso mesmo que o sistema oficial contenha um órgão responsável por atestar a correspondência entre suas normas e a moralidade (ou o direito como ele deve ser).

3. A convergência prática de teorias rivais

Neste ponto, chegamos a um resultado contrário à própria hipótese do argumento em prol do positivismo baseado em suas consequências morais benéficas. Não é verdade que a inclusão de filtros morais dentre as condições necessárias de validade jurídica, seja essa inclusão analítica ou contingente, implique uma atitude quietista com respeito às normas oficiais. Mas tampouco é verdade que a separação rigorosa entre o direito positivo e a moralidade advogada pelos positivistas exclusivos acarrete tal atitude. Portanto, não podemos decidir entre diferentes posicionamentos a respeito da tese da separabilidade com base em consequências morais benéficas, ao menos se essa consequência for, como quer o argumento, uma atitude crítica perante normas oficiais. Afinal, se é verdade que o positivista exclusivo pode adotar uma atitude crítica perante as normas oficiais que ele chama de leis positivas, justamente porque ele não pensa que obrigações jurídicas sejam necessariamente obrigações morais, também é verdade que o não positivista e o positivista inclusivo podem adotar a mesma atitude crítica, porque eles acreditam que é a própria moralidade que valida juridicamente uma norma, e não uma decisão humana, por mais institucionalizada e tradicional que ela seja.

Murphy (2001, 390-391), naturalmente, discorda do meu argumento. Ele acredita que o argumento a favor da tese que a negação do positivismo exclusivo leva ao quietismo é mais intuitivo, porque é mais provável que um cidadão convencido de que o positivismo exclusivo esteja errado pense “se isso é apresentado como lei, então, provavelmente, é lei, portanto, é justo” do que que ele pense “essa lei aparente é injusta, então, não é realmente lei”. Essa alegação nos remete à premissa de Schauer sobre vivermos em sociedades em que normas já nos são dadas como direito. De minha parte, creio que a apresentação dessas duas atitudes possíveis para alguém que nega a tese do positivismo exclusivo deixe claro um problema com o argumento das consequências morais benéficas. Como todo

argumento consequencialista, ele é um argumento moral causal, ou seja, a prescrição moral é condicionada pela verdade de uma relação causal empírica. O problema, então, é que, sem evidências empíricas sólidas de que um fenômeno gere um efeito ou outro, só podemos especular de forma inconclusiva sobre o que seria mais provável de acontecer. A meu ver, esse tipo de especulação é pouco produtiva. Por isso, o que eu ofereço no lugar dela são apenas considerações que mostram a razoabilidade ou coerência (e não a probabilidade) de uma atitude crítica por parte tanto dos que adotam um determinado conceito de direito quanto dos que adotam o seu oposto.

Assim, se tudo que podemos fazer de nossas poltronas é analisar a razoabilidade de certas atitudes em comparação com certos conjuntos de crenças, uma vez que possamos mostrar que seria razoável uma pessoa ter uma atitude crítica diante de normas oficiais a despeito de como essa mesma pessoa se posiciona sobre a tese da separabilidade, podemos descartar a utilidade do argumento das consequências morais benéficas para a nossa decisão quanto a qual teoria do direito deveríamos adotar. No restante deste artigo, eu gostaria de sugerir que isso significa não podermos decidir entre teorias rivais no plano conceitual, porque o argumento das consequências morais benéficas bem poderia ser o último refúgio do teórico que acalenta a esperança de encontrar um ponto de comensurabilidade com base no qual ele possa decidir entre conceitos rivais de direito.

4. A função do argumento das consequências morais benéficas

4. 1. O terceiro participante do debate

Até aqui, apresentamos dois lados de um debate interno ao positivismo: vimos um argumento que recomenda a adoção da tese positivista por suas consequências morais benéficas e argumentos contrários a essa posição, apresentados por parte de positivistas que praticam uma metodologia puramente descritiva e, por isso, pensam ser tão desnecessário quanto errado que sua tese descritiva seja recomendada com base em outros fundamentos que não sua adequação ao seu objeto. Por metodologia puramente descritiva, eu entendo aqui, primeiro, uma metodologia descritiva, segundo a qual a natureza do direito é explicada sem que o teórico avalie se é moralmente bom ou ruim que exista direito e sem que ele procure justificar moralmente a existência do direito, e, segundo, uma metodologia que tampouco defende a adoção de teses descritivas sobre a natureza do direito por razões morais. Mas, naturalmente, há uma terceira parte relevante para esse debate

metodológico, justamente a parte que nega a verdade da tese da separabilidade, e é apenas a consideração dessa terceira parte que pode nos ajudar a compreender melhor a função do argumento das consequências morais benéficas. Essa terceira parte não recomenda a adoção de uma determinada teoria do direito por suas consequências morais, mas também não acredita que o conceito de direito possa ser filosoficamente compreendido sem que o teórico faça juízos de valor moral sobre seu objeto. Eu digo, portanto, que esta última metodologia é normativo-descritiva no discurso de primeira ordem.

Perceba a diferença entre o positivismo normativo representado aqui pelo argumento das consequências morais benéficas e a terceira parte do debate. Enquanto o tipo de positivismo normativo que temos em conta aqui recomenda que façamos juízos morais sobre a adoção de uma teoria do direito em particular em detrimento de outra, esses novos participantes do nosso debate, assim como os positivistas que praticam a metodologia puramente descritiva, afirmam que devemos simplesmente escolher a melhor teoria do direito do ponto de vista teórico-filosófico, ou seja, a teoria que explica melhor o que o direito é. Todavia, para os últimos, seria impossível uma teoria do direito qualquer ser bem-sucedida em sua explicação do que o direito é sem argumentar moralmente sobre a natureza do direito. Em suma, não é a adoção da teoria que é o objeto de juízo moral para esta última posição, é o próprio objeto da teoria: o direito.

Veja, ainda, que a negação da tese da separabilidade do positivismo conceitual já envolve quem teoriza sobre a natureza do direito com essa metodologia normativo-descritiva: se o direito, de alguma forma, é necessariamente um fenômeno moral, eu só posso compreendê-lo adequadamente se compreendo qual é seu valor moral ou como ele se justifica moralmente. Por isso, a tese conceitual da separabilidade corresponde a uma metodologia descritiva de primeira ordem, que não avalia ou justifica moralmente seu objeto, enquanto a negação dessa tese corresponde a uma metodologia normativo-descritiva de primeira ordem. Já o argumento das consequências morais benéficas, então, é um argumento normativo de segunda ordem pela adoção da tese da separabilidade. Em outras palavras, ele é uma tentativa de *adjudication* entre teses rivais de primeira ordem em um nível superior. O que temos que compreender agora é por que essa instância superior de decisão seria necessária para o debate.

4. 2. O debate entre descritivistas e normativistas

Como já dito, defensores de uma teoria normativo-descritiva do direito questionam a própria viabilidade de uma teoria do direito que não seja parte de uma filosofia moral e política. Contemporaneamente, aqui temos como seminais os trabalhos de Ronald Dworkin (1986, 1-113) e John Finnis (2011, 3-22). Na esteira de Dworkin, Stephen Perry é um dos principais antagonistas da metodologia descritiva de primeira ordem. Segundo Perry (1995, 123), os dados da teoria do direito podem ser plausivelmente conceitualizados de mais de uma maneira, ocasionando que a decisão por uma dessas maneiras requeira a atribuição de uma função ao direito. Já a atribuição de uma função ao direito, segue Perry, requer argumentação moral por parte do teórico. Em outras palavras, o teórico precisaria selecionar quais características do direito são importantes para explicar a sua natureza e os teóricos que não estão dispostos a avaliar moralmente o direito não poderiam efetuar tais juízos de importância.

Respondendo a essa linha argumentativa, Julie Dickson (2001, 52-53) propõe uma distinção entre proposições direta e indiretamente avaliativas, admitindo apenas que as proposições indiretamente avaliativas sejam inevitáveis em uma teoria do direito. Proposições indiretamente avaliativas, para ela, são justamente proposições que atribuem importância a seu objeto, ao passo que as diretamente avaliativas são as que classificam seu objeto como bom ou ruim. A tese é que poderíamos afirmar a verdade de proposições indiretamente avaliativas sem pressupormos ou implicarmos qualquer tipo de proposição diretamente avaliativa. Portanto, uma metodologia descritiva de primeira ordem é perfeitamente compatível com proposições indiretamente avaliativas (bem como com avaliações baseadas em valores epistêmicos, e não morais).

Uma maneira de fazermos apenas juízos indiretamente avaliativos seria adotarmos a posição de um observador agnóstico, que nota o que é importante para os participantes de uma dada prática sem se posicionar sobre a correção dos juízos de valor desses participantes (DICKSON, 2001, 68-69). No mesmo sentido, em sua réplica a Perry, Marmor (2011, 123-125) também questiona a necessidade de nos engajarmos em argumentos morais para entendermos as principais funções do direito. Também para Marmor, mesmo que uma instituição sirva a algum valor moral do ponto de vista de seus participantes, não se segue que uma explicação desses valores e de como eles racionalizam a instituição em questão seja ela mesma uma avaliação moral por parte do teórico. Pode ser que, no fim das contas, a instituição não sirva a esse valor, mas a explicação da instituição oferecida pelo teórico não seria falsa por isso. Em suma, haveria uma diferença crucial entre formar uma opinião sobre os valores que são

inerentes a uma certa prática, como valores que racionalizam a prática para seus participantes, e formar um juízo endossando ou não esses valores (MARMOR, 2011, 129-130).

Outra possibilidade de que juízos de importância não envolvam juízos diretamente avaliativos que Dickson (2001, 62-63) levanta é que poderíamos descobrir o que é importante investigarmos sobre o direito ao sabermos quais questões diretamente avaliativas precisamos responder sobre o direito. Porém, isso não implicaria que, para compreendermos as características que descobrimos ser importantes, precisemos nos posicionar sobre essas questões diretamente avaliativas que nos levaram a essas características.

Por fim, ainda outra possibilidade de resolvermos o problema da seleção de características do direito a serem estudadas nos remete ao essencialismo, digamos assim, de alguns teóricos descritivistas. Cada um a sua maneira, Coleman (1998, 389-390) e a própria Dickson (2001, 58-59) defendem que o teórico do direito pode selecionar as características do direito a serem analisadas com base no que é essencial, e não no que é avaliado como moralmente bom ou mal no direito. A ideia, mais presente em Coleman, já que Dickson (2001, 59-60), como visto, também aceita outras formas de se defender a importância de características do direito, é que o que deve ser descrito são as características invariavelmente presentes nas práticas sociais que classificamos como jurídicas, e presentes apenas nelas.¹²

Parece, então, que os descritivistas podem ter razão ao afirmarem que eles têm meios à sua disposição para notarem características importantes do direito sem se posicionarem moralmente sobre essas características. Não obstante, nada disso nos diz como resolvemos a disputa teórica sobre a importância de uma característica bem específica: a adequação do sistema normativo a princípios morais válidos. Mesmo que uma teoria descritiva de primeira ordem possa reconhecer características importantes do direito, ainda temos o impasse sobre a tese da separabilidade.

Imaginemos dois sistemas normativos oficiais. Um deles passa por um filtro moral, mas o outro é apenas um instrumento de maximização da opressão de uma parcela da população por parte de outra (cf. FAGGION, 2019, 2020a, 2020b). Um positivista considerará que a imoralidade extrema do último não depõe contra a sua legalidade, de tal maneira que ele contará esse sistema como uma instância de sistema jurídico. Já o adversário do positivista, negando a tese da separabilidade, se negará a contar esse sistema como um sistema jurídico em sentido pleno. No máximo, ele dirá se tratar de um sistema jurídico em algum sentido

secundário do uso da palavra (cf. DWORKIN, 1986, 103-104; FINNIS, 2011, 360-361, 363-366). Esse resultado revela que o positivista não considera relevante para sua explicação do direito que ele desempenhe objetivamente uma função genuinamente moral, de forma que, ao se deparar com sistemas que objetivamente cumprem funções morais genuínas (aceitando em prol do argumento que isso seja possível), ele deixará essa característica de fora de sua explicação da natureza do direito. Em suma, para a explicação do direito do positivista, bastam características que não bastam para o seu rival. Como resolvemos essa divergência?

4. 3. A impossibilidade de que os dados resolvam o impasse

Dickson (2001, 141-142) parece pensar que os dados resolvem o problema. Ela diz que é parte do nosso entendimento comum do direito que, onde quer que haja um sistema jurídico, ele operará via instituições e procedimentos distintivos, e que ele fará isso a despeito de se o que emana dessas instituições é uma instância da coerção do estado moralmente justificada ou é promulgado para o bem comum. Para Dickson, são essas características distintivas da regulação jurídica e do modo em que pensamos sobre o direito que uma teoria indiretamente avaliativa seleciona como importantes para explicar. Mas o problema clássico da teoria do direito é se essas características salientadas por Dickson bastam para uma adequada compreensão da natureza do direito. Quer dizer, o ponto é se não há instituições que operam da forma descrita e, ainda assim, não são jurídicas, no sentido relevante do termo, por não passarem por um filtro moral. Aqui, Dickson parece não ter em conta que uma explicação adequada do direito em uma teoria analítica, exatamente por ter que explicar o que é distintivo do direito, e não apenas o que ele poderia ter em comum com outras instituições sociais que não se qualificam como jurídicas, teria que avançar para a discussão da tese da separabilidade. Os dados não resolvem o problema da verdade da tese da separabilidade, porque, se um positivista apontar uma instituição, conjunto de práticas ou sistema que conte como jurídico, mas não satisfaça um filtro moral mínimo, o não positivista dirá que se trata de direito apenas em algum outro sentido menos relevante em que usamos a palavra. Já possíveis exemplos indubitáveis de sistemas jurídicos em sentido forte podem ser interpretados como contando como um sistema jurídico tanto a partir da tese da separabilidade como a partir de sua negação.

Será que esse problema é resolvido se adotarmos a metodologia normativo-descritiva, como pensa Perry? Eu diria que, ao adotarmos a metodologia normativo-descritiva de primeira ordem para decidirmos essa

divergência, apenas cometemos uma petição de princípio, já assumindo de partida a negação da tese da separabilidade. Afinal, se, para resolvermos a disputa sobre a tese da separabilidade, atribuímos uma função moral ao direito, apenas arranjamos uma maneira de um dos lados do debate vencer por fechar de antemão a possibilidade de que uma teoria do direito seja feita de outra maneira que não mostrando como o direito exerce essa determinada função (cf. DICKSON, 2001, 103-114, 128-132).

Certamente, uma convicção que os seguidores de Dworkin costumam ter é que sua teoria é muito mais adequada ao modo como juízes de fato resolvem casos em sistemas jurídicos ocidentais modernos. Dworkin mesmo, afinal, constrói o argumento em prol de sua teoria com base em *hard cases* que a tese positivista, supostamente, não poderia explicar. Contudo, podemos selecionar aquele que seria aparentemente o mais difícil desses casos para o positivista para mostrarmos que a tese positivista ainda pode ser plausivelmente sustentada diante dele. Eu me refiro ao caso *Henningsen vs. Bloomfield*, analisado por Dworkin (1977, 23-24) no segundo capítulo do livro *Taking Rights Seriously*, que corresponde a um artigo publicado anteriormente por ele em 1967: *The Model of Rules*.

No caso em questão (HENNINGSEN, 2022), ocorrido no ano de 1960, uma corte de Nova Jersey teve que decidir se uma montadora de veículos poderia limitar sua responsabilidade em caso de defeito em um veículo fabricado por ela. Henningsen comprou um veículo e assinou um contrato que, justamente, limitava a responsabilidade da montadora a reparar peças defeituosas por um determinado período após a aquisição do veículo. A esposa de Henningsen recebeu o carro como um presente e acabou sofrendo um acidente com ele após constatar o que parecia um defeito de fabricação: ela ouviu um barulho no automóvel e o volante girou sozinho em suas mãos. Henningsen argumentou que, nas circunstâncias de seu caso, a montadora não deveria ser protegida pela limitação constante do contrato que ele assinou e deveria ser responsabilizada pelas despesas médicas e outras despesas decorrentes do acidente.

Agora, chegamos ao ponto relevante: Henningsen não pôde citar qualquer estatuto ou norma jurídica estabelecida que impedisse a montadora de seguir o contrato. Não obstante, a corte concordou com Henningsen, argumentando que, considerando a importância e o perigo dos carros para aquela sociedade, cabia à corte cuidar para que os interesses públicos e o interesse individual fossem tratados com justiça e equidade (DWORKIN, 1977, 24). Para Dworkin, a corte apelou a princípios para decidir, princípios estes que seriam normas jurídicas que não possuem o pedigree descrito pelos positivistas como necessário a normas jurídicas.

Pois muito bem, já sabemos que os positivistas inclusivos não têm um problema com um caso assim, porque eles simplesmente afirmam que cortes podem usar princípios substantivos para embasar suas decisões, mesmo em detrimento de regras com pedigree, desde que as convenções sociais que servem de fonte para o direito nessa sociedade permitam que isso seja feito, o que seria o caso nos Estados Unidos. Os verdadeiros adversários de Dworkin na interpretação desse tipo de caso são os positivistas exclusivos. Mas nós também já insistimos que os positivistas exclusivos podem explicar casos assim negando que a resposta da corte tenha sido completamente determinada por uma norma jurídica: uma coisa é o critério de validade da norma jurídica, outra é a totalidade das premissas que juízes utilizam para decidir seus casos. Princípios jurídicos, nesse sentido, podem ser normas jurídicas que não ditam uma única resposta correta para o caso julgado e, por isso, convidam os juízes a decidirem seus casos também com base em outras premissas que não são parte do direito (cf. RAZ, 1972, 847-848).

O problema para essa explicação positivista do dado é que, como Dworkin (1986, 5-6) enfatiza, mesmo em *hard cases*, juízes discutem sobre o que o direito positivado requer que eles decidam, e não se eles devem ou não aplicar a lei pertinente ao caso em questão depois de descobrirem o que o direito requer deles. Dworkin parece estar certo como uma questão de fato sobre a retórica judicial.

Agora, então, tudo depende de termos ou não que levar a retórica judicial ao pé da letra em uma teoria descritiva do direito. O positivismo exclusivo precisa negar a retórica judicial segundo a qual o juiz não está legislando ao tomar suas decisões, mas apenas procurando interpretar o direito como ele existe. Raz (1972, 850) argumenta que o teórico deve negar a retórica judicial, porque, se levarmos essa retórica ao pé da letra, apenas aceitaremos dois mitos. O primeiro mito é que haveria uma moralidade comum na sociedade a qual o juiz poderia apelar para decidir casos como sendo a moralidade do direito, e não dele próprio. O segundo é que valores morais gerais e abstratos como aqueles utilizados por juízes em *hard cases* seriam capazes de ditar respostas específicas para casos concretos. A conclusão de Raz é que:

Muito frequentemente, as cortes tendem a alegar que uma política específica é implicada pela crença em algum valor geral, evitando assim uma justificação concreta de sua decisão, mantendo a retórica dos fins comuns, dos valores da comunidade e endossando posições partidárias sem admitir. Alguns juízes podem ser eles mesmos cativos dos mitos que eles ajudam a perpetuar (RAZ, 1972, 850, minha tradução).

A força do argumento de Raz mostra que o positivismo exclusivo não é necessariamente refutado por um contraexemplo de prática jurídica, como muitos pensam ser o caso. Mas esse argumento ainda não é o bastante para provar que normas claramente imorais devam contar como normas jurídicas em sentido pleno, e nem era essa sua intenção.¹³ Quanto a esse ponto, que é o núcleo da tese da separabilidade do positivismo conceitual, parece que continuamos sem um critério de decidibilidade, porque os dados não podem nos fornecer esse critério, uma vez que o que conta ou não como um dado aqui já depende do conceito que utilizamos para contar. Daí que o argumento das consequências morais benéficas pretendia nos livrar desse apuro, oferecendo uma razão de segunda ordem para escolhermos uma das maneiras possíveis de contarmos um dado como uma norma jurídica. O problema é que vimos que a razão moral oferecida, assim como os dados, acabava servindo tão bem a uma tese quanto à tese oposta. Voltamos ao mesmo impasse.

Conclusão

Eu argumentei que tanto faz sermos positivistas (inclusivos ou exclusivos) ou não sermos positivistas sob o aspecto das consequências morais benéficas da adoção de um conceito de direito ou seu oposto. Vimos que isso deixa o debate de primeira ordem da teoria analítica do direito em um impasse, porque tampouco parece ser possível nos decidirmos sobre a verdade da tese dos positivistas sobre a natureza do direito com base nos dados. Os dados são compatíveis com vários conceitos de direito rivais, até porque os dados que contam já dependem da teoria que se aceita. Portanto, eu sugiro que não é relevante qual conceito de direito escolheremos para compreendermos nossa relação com as instituições tradicionais que nos impõem normas oficiais. Julgo, em suma, justificado que o debate conceitual sobre a tese positivista seja cada vez mais visto como uma ocupação ultrapassada de pedantes. Mas isso não quer dizer que a teoria geral do direito não importe mais. Temos que nos lembrar aqui daquele outro tipo de positivismo normativo que eu mencionei na primeira parte deste artigo. O que ainda é evidentemente importante, e muito, é o debate abertamente normativo sobre o modelo de tomada de decisões a ser adotado pelas autoridades que aplicam o que nos é dado como direito. Essas decisões devem ser restritas por regras validadas por suas fontes, como, por exemplo, estatutos ou seus próprios precedentes? Se for esse o caso, em quais contextos e em que medida será o caso? A conclusão a que

chegarmos sobre essa matéria enquanto sociedade, sim, é capaz de mudar drasticamente o destino de pessoas concretas.

Notas

¹ Professora da Universidade Estadual de Londrina. Este trabalho teve apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq.

² Neste ponto, eu creio que a minha conclusão vá ao encontro de uma tese já defendida por Bustamante (2015, 310).

³ Eu considero Coleman o principal proponente do positivismo inclusivo e me parece que essa minha crença é amplamente compartilhada. É verdade que, nas notas que formaram o posfácio à segunda edição de *The Concept of Law*, Hart (1994, 250) se denomina um *soft* positivista, que é ainda outra terminologia que podemos adotar para identificarmos a mesma posição. Mas isso me parece muito mais uma reação tardia às críticas de Ronald Dworkin do que uma tese fundante de seu pensamento. Em suma, eu concordo com Coleman (1998, 383) quando ele afirma que, se pressionado quanto à coerência de suas teses, Hart teria aderido ao positivismo exclusivo de Raz ou a algo muito próximo a isso. De toda maneira, não vem ao caso desenvolver este ponto interpretativo neste artigo.

⁴ A expressão "positivismo normativo", de fato, pode gerar alguma confusão, já que Hans Kelsen falava em um positivismo normativo no sentido em que leis existem na forma de normas, sendo um tipo diferente de entidade, que não pode ser reduzido a fenômenos materiais (CAMPBELL, 1996, 79).

⁵ MacCormick (1985, 38), na verdade, reúne os dois tipos de positivismo normativo—o que prescreve o conceito positivista de direito e o que prescreve o modelo de regras para tomadas de decisão por autoridades—porque ele considera um modelo de regras como uma condição necessária, mas não suficiente, para a justificação moral do Estado, e recomenda que deixemos em aberto a questão se o direito positivo está moralmente justificado.

⁶ Segundo Waluchow (1994, 98, n. 29), Hart teria revelado a ele em correspondência privada que não aceitava mais a validade de argumentos morais a favor do positivismo jurídico, como o argumento utilizado por ele próprio ao final dos anos 1950 e início dos anos 1960.

⁷ Estou inteiramente de acordo com as críticas de Schauer (1991a, 135-149) a esses argumentos, que o leitor pode encontrar defendidos, por exemplo, na obra de Campbell (1996, cap. 3).

⁸ Esta análise da autoridade do direito em termos de custos e benefícios, sem dúvida, deve muito a Hart (1994, 201-202).

⁹ Naturalmente, é por essa razão que é comum que aqueles que defendem mais amplamente este tipo de positivismo normativo sejam proponentes de uma maior

alocação de poder no legislativo, em detrimento do judiciário (cf. CAMPBELL, 1996, xi-x, 6, 9, 36, 72, 78; WALDRON, 1999a).

¹⁰ Parece-me que Schauer (2011, 2015, 2021) tem adotado uma tese mais conciliadora nos seus trabalhos mais recentes sobre o assunto. Em vez de defender que o teórico do direito precisa escolher um conceito de direito por razões morais, Schauer (2021, 71-74) tem apenas apresentado seu caso a favor da sensatez de uma atividade de revisão ou prescrição conceitual. Uma sociedade poderia modificar ou recriar seu conceito de direito com propósitos pragmáticos e, sobretudo, morais. Mas isso não significa que o direito atual não possa ser descrito, de forma que versões normativas e descritivas do positivismo jurídico seriam ambas possíveis (SCHAUER, 2021, 75). É verdade que, ao afirmar a possibilidade de um positivismo jurídico descritivo, Schauer pode ter em mente o positivismo descritivo-contingente, que é como devemos classificar seu próprio positivismo presumido (cf. SCHAUER, 1991b). Mesmo assim, sua tese mais recente me soa mais branda pela própria ideia da prescrição de uma revisão conceitual, que é diferente de se prescrever moralmente a adoção de um determinado conceito como o conceito do que o direito já é. Nesse sentido, me parece que ele abandonou o argumento das consequências morais benéficas diante das críticas dos descritivistas.

¹¹ Para as respostas de Coleman à ofensiva dos normativistas contra a possibilidade de uma teoria do direito conceitual-descritiva como a sua, ver 1998, 387-395.

¹² Schauer (2015, 3-4) é um crítico dessa possibilidade, afirmando que o essencial no sentido de Coleman e Dickson não é idêntico ao importante. Por exemplo, é importante para o nosso entendimento das aves que elas voem, mas a capacidade de voar não é essencial às aves.

¹³ Naturalmente, Raz (1985, 298) tem um argumento a favor da sua tese das fontes. Mas, curiosamente, esse argumento parece mais normativo do que descritivo, já que ele se baseia na maneira apropriada de reconhecermos a autoridade do direito, considerando uma função específica para o direito: a de resolver desacordos. De toda forma, mesmo que Raz tenha razão em argumentar que o direito só pode exercer sua função se puder ser identificado sem recurso a argumentos morais, isso não prova que uma decisão de uma autoridade deva ainda contar como lei, independentemente da questão de nossa obrigação moral de obediência à lei, quando ela é claramente imoral.

Referências

BUSTAMANTE, T. A Breve História do Positivismo Descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart. In: *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 20, n. 1, p. 307–327, 27 mar. 2015.

CAMPBELL, T. *The legal theory of ethical positivism*. Aldershot; Brookfield, USA: Dartmouth, 1996.

COLEMAN, J. L. Negative and Positive Positivism. In: *The Journal of Legal Studies*, v. 11, n. 1, jan. 1982. 139–164

COLEMAN, J. L. Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis. In: *Legal Theory*, v. 4, n. 4, dez. 1998. 381–425

DICKSON, J.; GARDNER, J. *Evaluation and legal theory*. Oxford; Portland, Or: Hart Pub, 2001.

DWORKIN, R. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

DWORKIN, R. *Law's empire*. Cambridge, Mass: Belknap Press, 1986.

FAGGION, A. Em Defesa de Duas Teses da Separabilidade entre Legalidade e Moralidade. In: *Dissertatio*, v. 49, 2019. 23–44.

FAGGION, A. In Defence of a Thin Concept of Law. In: BUSTAMANTE, T.; DECAT, T. L. (eds.). *Philosophy of Law as an Integral Part of Philosophy: Essays on the Jurisprudence of Gerald J. Postema*. Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney: Hart Publishing, 2020a. 261–279.

FAGGION, A. Law and Moral Justification. In: *Kriterion: Revista de Filosofia*, v. 61, n. 145, abr. 2020b. 55–72

FINNIS, J. *Natural law and natural rights*. 2nd ed ed. Oxford; New York: Oxford University Press, 2011.

GREEN, LESLIE. Positivism and the Inseparability of Law and Morals. In: *New York University Law Review*, v. 83, n. 4, 2008. 1035–1058

GREEN, LESLIE. Legal Positivism. In: ZALTA, E. N. (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2019. Disponível em:

<https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/legal-positivism/>.

Acesso em: 19 fev. 2022.

HART, H. L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals. In: *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4, 1958. 593–629.

HART, H. L. A. *The concept of law*. 2nd ed. Oxford; New York; Clarendon Press: Oxford University Press, 1994.

HENNINGSEN v. Bloomfield Motors, Inc. In: *WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre*. Wikimedia, 2006. Disponível em: https://en.wikipedia.org/w/index.php?title=Henningesen_v._Bloomfield_Motors,_Inc.&oldid=1067513787. Acesso em: 29 abr. 2022.

HOBBS, T. *Leviathan*. Oxford; New York: Oxford University Press, 1998a.

HOBBS, T. *On the citizen*. New York, NY: Cambridge University Press, 1998b.

HUME, D. *Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais*. São Paulo (SP): Ed. UNESP, 2009.

MACCORMICK, N. A Moralistic Case for A-Moralistic Law. In: *Valparaiso University Law Review*, v. 20, n. 1, 1985. 1–41.

MARMOR, A. *Philosophy of law*. Princeton, N.J: Princeton University Press, 2011.

MURPHY, L. The Political Question of the Concept of Law. In: COLEMAN, J. (ed.). *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001. 371–409.

PERRY, S. R. Interpretation and Methodology in Legal Theory. In: MARMOR, A. (ed.). *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1995. 97–135.

RAZ, J. Legal Principles and the Limits of Law. In: *The Yale Law Journal*, v. 81, n. 5, 1972. 823–854.

RAZ, J. Authority, Law, and Morality. *The Monist*, v. 68, n. 3, 1985. 295–324

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

ROUSSEAU, J.-J. *Discourse on Political Economy: And, the Social Contract*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

SCHAUER, F. Normative Legal Positivism. In: SPAAK, T.; MINDUS, P. (eds.). *The Cambridge Companion to Legal Positivism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021. 61–78.

SCHAUER, F. F. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford, England: New York: Clarendon Press; Oxford University Press, 1991a.

SCHAUER, F. Positivism as Pariah. In: GEORGE, R. P. (ed.). *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 31–55.

SCHAUER, F. Positivism Before Hart. In: *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, v. 24, n. 2, jul. 2011. 455–471.

SCHAUER, F. Positivism through thick and thin. In: BIX, B. (ed.). *Analysing Law: New Essays in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1998. 65–78.

SCHAUER, F. F. Rules and the Rule of Law. In: *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 14, n. 3, 1991b. 645–695.

SCHAUER, F. The Paht-Dependence of Legal Positivism. In: *Virginia Law Review*, v. 101, 2015. 957–976.

SOPER, P. Choosing a Legal Theory on Moral Grounds. In: *Social Philosophy and Policy*, v. 4, n. 1, 1986. 31–48

WALDRON, J. Kant's Legal Positivism. In: *Harvard Law Review*, v. 109, n. 7, maio 1996. 1535.

WALDRON, J. *Law and disagreement*. Oxford; New York: Clarendon Press; Oxford University Press, 1999a.

WALDRON, J. All We Like Sheep. In: *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, v. 12, n. 1, jan. 1999b. 169–188.

WALDRON, J. Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, J. (ed.). *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001. 411–433.

WALDRON, J. Legal and Political Philosophy. In: COLEMAN, J.; SHAPIRO, S. (eds.). *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002. 352–381.

WALUCHOW, W. J. *Inclusive legal positivism*. Oxford; New York: Clarendon Press; Oxford University Press, 1994.

Received/Recebido: 09/05/2022
Approved/Aprovado: 13/10/2022