

4

O que resta do debate sobre o positivismo inclusivo

A década de 90 representou a consolidação da teoria do positivismo inclusivo, com destaque, como visto, ao *Pós-escrito* de Hart e a obra de Waluchow. O debate, todavia, não se encerrou por aí, estendendo-se até os dias atuais. Pode-se observar que além da nova contribuição de novos autores ao debate, tem-se também um debate interno ao próprio positivismo inclusivo, posto que, se há um consenso entre seus autores sobre a possibilidade de incorporação da moral como critério de identificação do direito, isto é, que a moralidade pode ser uma condição de legalidade, a forma como essa incorporação se dá é bastante controversa.

Com o amadurecimento do debate, surgiram também questionamentos sobre a sua própria relevância, fazendo com que autores afirmassem a superação do debate entre inclusivos e exclusivos. Há autores que entendem ser apenas uma disputa de rótulos, sem maiores implicações, enquanto outros afirmam que nenhuma das duas correntes consegue ser satisfatória. Neste capítulo, abordaremos as contribuições recentes ao tema, para então analisarmos o debate interno e fazermos um balanço final do positivismo inclusivo, para buscar o que resta dele depois de quase quarenta anos de embates.

4.1

Contribuições contemporâneas ao positivismo inclusivo

Dedicaremos esta seção à apresentação das principais contribuições feitas ao positivismo inclusivo na última década. Como boa parte das publicações sobre o tema aponta e discute argumentos já expostos e analisados neste trabalho, vamos nos ater àquilo que cada um dos autores em comento traz de inovador ao debate.

Jules Coleman, como visto, foi um dos pioneiros na defesa do positivismo inclusivo, publicando artigos sobre o tema desde finais da década de setenta.²²⁹ No início desta década, publica um livro – *The Practice of Principles* – no qual consolida boa parte de suas idéias antes expostas, em especial, uma visão “robusta” do positivismo inclusivo.²³⁰

Embora sustente que ninguém hoje em dia considere os argumentos apresentados por Dworkin em *Modelo de Regras I* convincentes²³¹, a relevância deste trabalho foi provocar explicações alternativas para o lugar do argumento moral no discurso jurídico. Destaca assim os dois principais campos de competição na tradição positivista: exclusivos e inclusivos. Os primeiros teriam como ponto nodal a tese das fontes, e crêem que a moral pode vincular os aplicadores do direito, mas sem ser direito.²³² Já os inclusivos²³³ sustentariam, ao contrário de Dworkin, que o fato da moral ser ou não condição de legalidade em um sistema jurídico específico depende de uma convenção social, isto é, a regra de reconhecimento.²³⁴ A distinção entre as duas formas de positivismo poderia ser sintetizada da seguinte forma: enquanto ambas compartilham a tese básica do positivismo da convencionalidade da legalidade, os inclusivos sustentam que o positivismo não impõe nenhuma limitação adicional ao conteúdo deste critério, enquanto os exclusivos sustentam que a legalidade deve ser uma questão de fontes sociais, não de conteúdo.²³⁵

A nota distintiva do pensamento de Coleman em relação aos demais teóricos da corrente, especialmente Waluchow, está em ver que a disputa em torno do positivismo não é descritiva, mas interpretativa²³⁶. Isto o leva a sustentar

²²⁹ Cf. “Taking Rights Seriously”, *California Law Review*, 66, 1978; “Negative and Positive Positivism”, *Law Journal of Legal Studies*, 11, n.1, 1982; “On the relationship between Law and Morality”, *Ratio Juris*, 2, n.1, 1989; “Rules and Social Facts”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 14, n.3, 1991; “Authority and Reason”, in GEORGE, Robert, *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*, Oxford University Press, 1996.

²³⁰ Embora represente a consolidação de grande parte das teses expostas em artigos precedentes, *The Practice of Principles* traz algumas reconsiderações. É o que acontece, por exemplo, com a tese da diferença prática. Em artigos anteriores, como “Incorporationism, Conventionality and the Practical Difference Thesis” sustentara que, como a tese incorporacionista e a da diferença prática entram em conflito, esta última deve ser abandonada. Já em *The Practice of Principles* não vê necessidade de se abandonar tal tese, apenas considera que as regras em sua maioria, ou o direito como um todo deve ser capaz de fazer uma diferença prática, e não uma regra isoladamente. Cf. COLEMAN, Jules. *The Practice of Principles. In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*: Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 147

²³¹ Ibid, p. 105.

²³² Ibid, p. 107.

²³³ Coleman considera o termo “incorporacionismo” mais adequado a essa corrente, mas para não desfocar o debate em uma multiplicação de termos, adota aquele mais comumente usado. (Ibid, p. 105, nota 9)

²³⁴ Ibid, p.108.

²³⁵ Idem.

²³⁶ Ibid, p. 109.

uma versão mais “forte” da regra de reconhecimento, na qual a moralidade possa figurar como condição suficiente de legalidade, e não apenas como condição necessária como sustentam outros autores.²³⁷ Retomaremos este ponto quando abordarmos o debate interno.

Jose Juan Moreso também realiza uma defesa do positivismo inclusivo, por ele considerada a noção de positivismo jurídico mais adequada para dar conta de certas características dos ordenamentos jurídicos das democracias constitucionais contemporâneas.²³⁸ De outro lado, a imagem do direito proporcionada pela versão exclusiva é distorcida, pois exacerba a discricionariedade dos aplicadores. Moreso se vale da mesma estratégia de outros autores: apresentar argumentos contrários ao positivismo inclusivo para em seguida rebatê-los. Seu caráter inovador está na abordagem que dá ao que denomina “argumento do colapso”.

O argumento do colapso está baseado na crítica que Dworkin faz ao positivismo inclusivo – *soft conventionalism*, nas palavras de Dworkin – considerando-o como uma “versão subdesenvolvida da teoria da integridade”.²³⁹ Esta seria uma tese altamente instável e conduziria a destruição das teses centrais do positivismo, que colapsaria em um antipositivismo.²⁴⁰

Moreso busca demonstrar que a tese dworkiana de direito como integridade está de acordo com a tese das fontes sociais e da separação conceitual entre direito e moral. Dworkin aceitaria um mínimo de convencionalismo na etapa de identificação do direito; e ao reconhecer que apesar de injusto o direito nazista possa ser considerado direito, o mesmo ocorreria com a tese da separação. A distinção ficaria por conta da discricionariedade já que Dworkin sustenta a tese da resposta correta, mas Moreso considera que a posição de Dworkin é apenas uma versão otimista do positivismo inclusivo. Assim, não é o positivismo inclusivo que colapsa em um antipositivismo, mas a versão do direito como integridade é que acaba por ser tornar em um tipo de positivismo inclusivo.

Angeles Ródenas apresenta em seu artigo *¿Qué queda del positivismo jurídico?* uma versão peculiar de positivismo inclusivo. Ao invés de rebater

²³⁷ Ibid, p. 114.

²³⁸ MORESO, José Juan. “En defensa del positivismo jurídico inclusivo” NAVARRO, Pablo e REDONDO, M Cristina. *La relevancia del derecho: ensayos de filosofía moral, jurídica y política*. Barcelona: Gedisa, 2002, p. 93.

²³⁹ Cf. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. op. cit. p. 157

²⁴⁰ Ibid, p. 101. Cf. DWORKIN, Ronald *O império do direito*, op.cit, p. 107.

argumentos contrários à teoria, Ródenas parte das existências de tensões internas ao direito. Desta forma, identifica três principais eixos da denominada “crise do positivismo”²⁴¹. O primeiro deles seria a polêmica entre Hart e Dworkin sobre a relevância dos juízos de valor para identificação do direito. Em segundo lugar, peculiaridades do *common law* demonstrariam a insuficiência da versão forte da tese das fontes sociais, já que seria recorrente na prática judicial norte-americana a aceitação de argumentos substantivos, não baseados na autoridade da fonte. Finalmente, o auge do constitucionalismo moderno, que representou a incorporação de um amplo catálogo de valores ao direito positivo, obriga o intérprete a realizar constantes ponderações para concretização de tais valores de acordo com as circunstâncias do caso. Desta forma, estaria minada a tese forte das fontes sociais, vinculada ao positivismo exclusivo, que afirma que a identificação do direito independe do seu conteúdo. Esta seria válida apenas se os sistemas jurídicos fossem capazes de entrincheirar regras com perfeita autonomia semântica em relação às razões subjacentes. Como sustenta a autora, “um sistema jurídico que tomasse sempre as regras como completamente opacas em relação às razões que lhes servem de justificação padeceria de certas insuficiências e estaria arriscado a cometer determinados excessos.”²⁴² E a razão para tais insuficiências da tese forte reside precisamente na existência de tensões internas ao direito.

Tais tensões fazem com que todo sistema jurídico padeça de insuficiências, e isso se dá pela dupla natureza das razões que incorpora: razões “autoritativas” e valores jurídicos. Os valores jurídicos por sua vez atuariam em um “jogo duplo” de contração e expansão do direito, permitindo por um lado que normas que de acordo com critérios “autoritativos” de fonte não seriam identificáveis como direito, apesar disto resultem aplicáveis; e por outro que normas identificáveis “autoritativamente” como direito resultem inaplicáveis.²⁴³ No primeiro caso teríamos uma expansão do direito e os valores funcionariam como condição suficiente de juridicidade, tal como ocorre com os conceitos jurídicos indeterminados e nos casos de interpretação extensiva. No segundo caso, os valores seriam condição necessária de juridicidade e ocorreria uma

²⁴¹ RÓDENAS, Ángeles. “Qué queda del positivismo jurídico?” *Doxa*, n.26, 2003, p. 417-419.

²⁴² *Ibid*, p. 420.

²⁴³ *Idem*.

contração do direito. É o que se dá nos casos de interpretação restritiva ou de “ilícitos atípicos”²⁴⁴, como o abuso de direito.

As soluções criadas pelo positivismo poderiam ser agrupadas de acordo com seu “grau de radicalidade”.²⁴⁵ A versão mais extrema apresentaria o problema das tensões internas como imperfeições dos ordenamentos jurídicos que não podem ser superadas por mecanismos racionais, já que um sistema é mais perfeito na medida em que deixa menos espaços para arbitrariedades.²⁴⁶ O problema desta versão é que tal inclusão de valores no direito não parece ser fruto de uma irracionalidade, mas de uma pretensão de torná-lo mais racional.

Uma saída menos extremada é o positivismo jurídico exclusivo tal qual proposto por Joseph Raz, cuja solução para as tensões internas seria a outorga de discricionariedade ao aplicador. A questão que se coloca à esta tentativa de salvação da tese forte do positivismo jurídico é qual o preço que se paga pela renúncia do direito a julgar estes casos. A existência de categorias como a interpretação extensiva podem ser vistas como a possibilidade de introdução de convicções morais do aplicador quando julgue conveniente, e, caso isso ocorra, a idéia de autoridade do direito, tão cara a essa corrente, se desvaneceria.

Assim, por exemplo, quando o legislador utiliza conceitos como o de “honra” ou “tratamento degradante”, é possível vê-los como uma mera renúncia a julgar estes casos, outorgando plena discricionariedade ao aplicador? Ou, ainda mais grave, categorias como as da interpretação extensiva e restritiva podem ser vistas como construções doutrinárias que possibilitam a introdução sub-reptícia no Direito das próprias convicções morais do aplicador quando o julgue precedente? Parece duvidoso que a resposta a estas questões possa ser afirmativa. Se os juízes tivesse discricionariedade para se afastarem das fontes prescritas nas circunstâncias e na direção que estimassem moralmente procedentes, a idéia de autoridade do Direito se desvaneceria.”²⁴⁷

Uma terceira solução seria do positivismo inclusivo, sustentando que o direito de uma comunidade pode remeter a padrões morais. A questão que se coloca aqui é a que tipo de padrões morais está se referindo: um raciocínio moral autônomo do interprete ou um raciocínio baseado em algum critério convencional de racionalidade? A primeira hipótese resultaria ao fim em uma concepção bem próxima à discricionariedade proposta pelo positivismo

²⁴⁴ Para um aprofundamento acerca dos ilícitos atípicos, cf. ATIENZA, Manuel e MANERO Juan Ruiz. *Ilícitos atípicos*. Madrid: Trotta, 2000.

²⁴⁵ RÓDENAS, “Qué queda del positivismo jurídico”, op. cit., p. 426.

²⁴⁶ Embora isto não fique explícito, a autora atribui essa linha de pensamento a autores como Riccardo Guastini e Eugenio Bulygin. tal postura coincide em grande parte com aquilo que Bayón denomina de “positivismo simples”. Cf. BAYÓN, “Derecho, convencionalismo y controversia” in *La relevancia del derecho: ensayos de filosofía moral, jurídica y política*. Barcelona: Gedisa, 2002. p. 60.

²⁴⁷ RÓDENAS, “Qué queda del positivismo jurídico”, op. cit., p. 427.

exclusivo. A autora então aposta em uma reconstrução baseada em um critério de racionalidade.

Tal reconstrução se baseia em uma taxonomia tricotômica das razões que o direito incorpora: além de princípios e regras, o direito também incorpora compromissos, que seriam ponderações entre razões ou juízos de prevalência. Os princípios expressam diretamente valores, enquanto os compromissos expressam compromissos entre valores. A noção de compromisso, por sua vez, se vincula diretamente à distinção entre duas formas de convencionalismo. Seguindo a Juan Carlos Bayón²⁴⁸ a autora traça uma diferenciação entre dois tipos de convencionalismos: um convencionalismo superficial, no qual os critérios de correção de um conceito vão até onde chega o acordo explícito por parte da comunidade; e o convencionalismo profundo, segundo o qual podem existir convenções apesar de haver controvérsias quanto ao seu conteúdo. Adotar esta última perspectiva de convencionalismo implica que, mesmo nos casos que se encontram na zona de penumbra, há sentido em se falar que o aplicador carece de discricionariedade.

A partir de todos estes elementos apresentados, Ródenas traça então a sua versão de positivismo inclusivo: aquele que assume que os princípios morais podem ser condição necessária de juridicidade e apenas subsidiariamente suficiente, e, ademais, assenta-se no convencionalismo profundo.²⁴⁹ Traduz ainda sua proposta em três regras procedimentais: 1) salvo prova em contrário, as regras de mandato operarão no raciocínio dos aplicadores do direito como razões peremptórias e independentes do conteúdo; 2) corresponde a quem o alega mostrar que uma regra não identificável “autoritativamente” deve ser aplicada a um caso, ou que uma regra assim identificada não deve ser aplicada (ou bem porque o caso em questão constitui uma exceção a regra, estando fora de seu alcance, ou porque a regra torna-se invalidada); e 3) quem pretenda a aplicação de uma regra não identificável “autoritativamente”, ou a não aplicação de uma regra assim identificada deverá realizar uma ponderação tendente a demonstrar que, de acordo com as convenções interpretativas vigentes (expressas ou tácitas), há razões suficientes para incorporar uma nova regra ao sistema ou afastar-se do que elas estabelecem.²⁵⁰

²⁴⁸ Para a distinção de Bayón entre dois tipos de convencionalismo, v. BAYÓN, Juan Carlos. “Derecho, convencionalismo y controversia” op.cit., p. 57-92.

²⁴⁹ RÓDENAS, “Qué queda del positivismo jurídico”, op. cit., p. 446.

²⁵⁰ Ibid, p. 448.

Vittorio Villa realiza também uma defesa peculiar do positivismo inclusivo, de caráter construtivista²⁵¹. A tese central do autor é que o positivismo inclusivo representa em certas condições uma proposta mais frutífera e interessante que o positivismo exclusivo, e isto ocorre basicamente por duas razões: 1) o positivismo inclusivo é mais hábil para dar conta de algumas características dos estados constitucionais contemporâneos 2) é possível que se combine com consistência esta versão de positivismo com outras concepções valiosas na teoria do direito, como a que concebe o direito como prática social e a que propõe uma reconstrução da interpretação jurídica pragmaticamente orientada.²⁵²

Inicialmente, o autor faz uma definição conceitual de positivismo jurídico que possibilite incorporar tanto a versão inclusiva quanto a exclusiva como duas concepções distintas de um mesmo conceito. Tal conceito consiste em duas teses que, apesar de não serem logicamente conectadas, conjuntamente expressam o núcleo conceitual do positivismo jurídico. A primeira delas é ontológica, e a segunda, metodológica. De acordo com a primeira, o direito é um fenômeno positivo, normativo, convencional e contingente. Com relação à segunda, descrever o direito é inteiramente distinto de tomar uma posição em relação a ele.²⁵³ Para Villa, o nível ontológico é particularmente importante neste contexto, pois é precisamente aí que as propostas teóricas do positivismo inclusivo e exclusivo estão localizadas e constituem duas interpretações divergentes de um dos corolários da tese ontológica: a tese da separabilidade.

Com relação às referidas vantagens da versão inclusiva, o maior poder explicativo deve-se à sua capacidade conjugar o reconhecimento da plena peculiaridade do conteúdo moral dos princípios constitucionais com relação a outras normas e a manutenção das teses positivistas, possibilitando uma ampliação da regra de reconhecimento.

Até aqui, nada de particularmente novo na proposta de Villa. É na segunda vantagem do positivismo inclusivo de Villa que reside seu caráter inovador - a possibilidade de articulação com uma teoria construtivista. Esta versão construtivista do positivismo inclusivo pode ser resumida assim: traçando uma via intermediária entre a objetividade metafísica e uma objetividade

²⁵¹ Cf. VILLA, Vittorio. "Inclusive Legal Positivism e Neo-giusnaturalismo: lineamenti di una analisi comparativa." *Persona y Derecho*, vol. 43, 2000, pp. 33-97, cujas idéias centrais são rerepresentadas em "Inclusive Legal Positivism, Legal Interpretation and Value-Judgments". *Ratio Juris*, v. 22, 2009, p. 110-127

²⁵² VILLA, "Inclusive Legal Positivism, Legal Interpretation and Value-Judgments", op. cit., p. 111.

²⁵³ Ibid, p. 113. Cf. ETCHEVERRY, op. cit., p. 367.

epistêmica, abandona-se a concepção descritiva da linguagem jurídica, segundo a qual é possível formular assertivas que espelhem com fidelidade porções da realidade, e, reconhecendo a presença de juízos de valor neste tipo de discurso, sustenta-se que a linguagem cognitiva sempre possui uma função construtiva.

Desta forma, a linguagem estrutura e organiza o campo da experiência de que trata, reconstruindo-o e recortando-o de acordo com coordenadas lingüísticas ditadas pelas categorias e critérios incorporados ao esquema conceitual do qual parte.²⁵⁴ Villa aponta algumas implicações desta abordagem, uma delas, considerar que a existência do direito positivo é o resultado coletivo de práticas sociais, e não a decisão única de sujeitos particulares. Outra é que, similarmente, a inclusão de valores morais no direito não se dá em um único ato, mas através de um fluxo contínuo de práticas complexas. Desta forma, a teoria da interpretação poderia se libertar da escolha entre formalismo e anti-formalismo e reconhecer em uma orientação dinâmica e pragmática que a interpretação é uma mistura de descoberta e criação, que ocorrem em fases distintas do processo interpretativo.²⁵⁵

Em suma, a teoria de Villa nos convida a abandonar o princípio da neutralidade valorativa como guia do conhecimento e reconhecer a necessidade inevitável de formular juízos de valor se nos situamos na perspectiva dos discursos sobre conteúdos valorativos.²⁵⁶

Outros dois autores tiveram grande destaque pelos diversos artigos referentes ao positivismo inclusivo publicados recentemente: Matthew Kramer e Kenneth Himma. Matthew Kramer em suas publicações²⁵⁷ adotou a mesma estratégia de grande parte de seus partidários, isto é, reafirmou as teses do positivismo inclusivo buscando oferecer respostas tanto a argumentos de autores exclusivos – Raz, Marmor, Shapiro - como os de Dworkin. O mesmo se deu em seu mais recente trabalho²⁵⁸, no qual prolongou o debate com seguidores de Joseph Raz – David Lfkwowitz²⁵⁹ e Michael Giudice²⁶⁰ – buscando oferecer respostas às suas defesas do positivismo exclusivo raziano. A proposta

²⁵⁴ Ibid, p. 121.

²⁵⁵ Ibid, p. 122.

²⁵⁶ SERNA, Pedro. "Sobre el Inclusive Legal Positivism. Una respuesta al Prof. Vittorio Villa", *Persona y derecho*, 43, 2000, p. 109.

²⁵⁷ Cf. KRAMER, Matthew. *In Defense of Legal Positivism: Law without trimmings*, Oxford: Oxford University Press, 1998; "How moral principles can enter into Law", *Legal Theory*, 5, n. 1, 2000; *Where Law and Morality Meet*, Oxford: Oxford University Press, 2004.

²⁵⁸ KRAMER, Matthew. "Moral Principles and Legal Validity" *Ratio Juris*, 22, n.1, 2009, p. 44-61.

²⁵⁹ Cf. LEFKOWITZ, David. "Customary Law and the Case for Incorporationism" *Legal Theory*, 11, 2005, p. 405-420.

²⁶⁰ Cf. GIUDICE, Michael. "The Regular Practice of Morality in Law" *Ratio Juris* 21, 2008, p.94-106

de Krammer é um incorporacionismo moderado, em oposição a uma tese “robusta” como a de Coleman, que fosse capaz de assegurar que a moral pudesse ser condição necessária de validade jurídica e ao mesmo tempo garantisse um grau de regularidade que permitisse a manutenção de um sistema jurídico.

Kenneth Himma também consagra a mesma estratégia de sustentação da viabilidade teórica do positivismo inclusivo frente às suas principais linhas de oposição²⁶¹, no entanto, somente pode ser considerado um verdadeiro defensor do positivismo inclusivo em um sentido matizado. Embora refute argumentos contrários à tese incorporacionista, tem sustentado, em seus trabalhos mais recentes, que a incorporação, embora conceitualmente possível, possui pouca aplicação prática. Segundo Himma:

(...) a caracterização de qualquer sistema jurídico particular como genuinamente inclusivo depende de três rigorosas condições que não podem ser satisfeitas nesse mundo dadas as nossas limitações. Em primeiro lugar, os aplicadores do sistema jurídico que tem que ter um meio confiável para identificar a correta resposta moral a questões difíceis (e, naturalmente, eles têm de ser orientados em suas decisões por aqueles casos difíceis). Em segundo lugar, temos de ter um meio confiável para determinar que a primeira condição é satisfeita. Em terceiro lugar, e igualmente importante, temos que crer, e isso justificadamente, que temos um meio confiável para determinar que a primeira condição é satisfeita, isto é, temos de ser epistemicamente justificados em pensar que temos uma metodologia que geralmente resulta em nosso alcance das respostas corretas sobre as difíceis questões morais.²⁶²

Todavia, reitera que a escassez relativa de sistemas objetivamente inclusivos não pode refutar o positivismo inclusivo, pois, estritamente construída, a tese da incorporação sustenta apenas que é conceitualmente possível que sistemas jurídicos incorporem critérios morais de legalidade. Isto é, para Himma, o positivismo inclusivo é teoricamente possível, devendo argumentos em sentido contrário como os de Raz e Dworkin serem refutados, mas em termos empíricos, possui “pouco, se é que algum, valor prático”²⁶³ pois, tudo considerado, não são os valores morais em si que determinam o direito, mas a interpretação que as cortes supremas dão a eles.²⁶⁴

²⁶¹ Cf. HIMMA, Kenneth. “Incorporationism and the objectivity of moral norms”, *Legal Theory*, 5, n. 4, 1999; “H. L. A. Hart and the Practical Difference Thesis”, *Legal Theory*, 6, n.1, 2000; “Bringing Hart and Raz to the Table: Coleman’s compatibility thesis”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 20, n.4, 2001. Ver também ETCHEVERRY, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente*, op. cit., p. 371.

²⁶² HIMMA, Kenneth. “Final authority to bind with moral mistakes” *Law and Philosophy*, 24, 2005, p. 44.

²⁶³ *Ibid.*, p. 45.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 2.

Como vemos, o debate em torno do positivismo inclusivo segue vivo até os dias atuais, mas podemos notar fortes divergências internas entre os partidários da corrente. Passaremos então a uma breve análise sistemática destas divergências.

4.2

O debate interno

A partir do exposto, talvez se possam traçar três eixos principais de divergência interna no positivismo inclusivo.²⁶⁵ O primeiro e principal deles gira em torno do papel que a moral desempenha na identificação do direito. Parece haver consenso entre todos os defensores da teoria que é conceitualmente possível que o direito incorpore a moral como critério de validade. A questão é como esta incorporação se dá.²⁶⁶

Waluchow e Kramer sustentam que a moral pode ser incorporada apenas como uma condição necessária de validade jurídica, enquanto que para Coleman, ela pode ser tanto uma condição necessária como também suficiente. Coleman busca aclarar a distinção:

A regra de reconhecimento pode fazer da moralidade uma condição de legalidade tanto como uma condição *necessária* quanto como uma condição *suficiente* (ou como ambas). Se a moralidade de uma norma é condição necessária de sua legalidade, então as normas possuidoras do requisito do critério de fonte não conseguirão atingir o status jurídico se elas falharem no teste relevante de moralidade. Neste caso, todos os padrões jurídicos terão o requisito das fontes sociais, mas nem todas as normas que tenham este requisito serão direito. De outro lado, se a moralidade de uma norma é condição suficiente de sua legalidade, então a norma pode ser direito mesmo que falte sua fonte social.²⁶⁷

Kramer pontua nessa questão uma diferença entre “incorporacionismo” e “positivismo jurídico inclusivo”. Incorporacionismo poderia vir em duas versões: a “robusta” e a “modesta”. A versão robusta é aquela em que não ha limitações ao critério de validade jurídica; a versão modesta sustenta que a moralidade pode ser condição suficiente de moralidade, mas apenas em casos difíceis; enquanto

²⁶⁵ Quanto à sistematização do debate interno, seguiremos uma vez mais a proposta de ETCHEVERRY, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente*, op. cit. p. 375 et seq.

²⁶⁶ ETCHEVERRY, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente*, op. cit. p. 376.

²⁶⁷ COLEMAN, Jules. “Constraints on the criteria of legality” *Legal Theory*, 6, 2000, p. 175. (grifos do original)

positivismo inclusivo sustentaria que a moral pode ser condição necessária de legalidade.²⁶⁸

A disputa de rótulos não é o relevante e maioria dos autores tem usado os termos “incorporacionismo” e “positivismo inclusivo” indiscriminadamente. O que leva Coleman a defender seu ponto de vista é que, segundo ele, a versão de Waluchow parece estar desconectada com a crítica de Dworkin que suscitou o debate, e busca responder apenas às críticas de autores exclusivos que levantaram o alto grau de incerteza que uma regra de reconhecimento que incorpore a moral possa gerar. Assim, para Coleman, estar-se-ia invocando um argumento empírico - os possíveis problemas de coordenação que seriam gerados - para rebater um conceitual - a possibilidade destes critérios guiarem condutas.

Controvérsia não é a questão para o positivismo jurídico exclusivo; apenas confusões naturais porém sérias levaram alguns positivistas inclusivos a pensarem de maneira distinta. A questão é a compatibilidade de certo critério de legalidade com a possibilidade conceitual de autoridade legal, não a possibilidade *de facto* de legalidade. E é por isso que eu continuo a defender as formas mais “robustas” de regra de reconhecimento, nas quais a moralidade possa ser condição suficiente de legalidade.²⁶⁹

De outro lado Waluchow sustenta ter conseguido dar conta da crítica dworkiana, pois os princípios em debate, como o aplicado no emblemático caso Riggs vs. Palmer são critérios de validade incluídos em uma regra de reconhecimento. Assim o simples fato de serem morais não torna os princípios jurídicos sem algum ato que os cristalice.²⁷⁰ Desta forma, o referido princípio de que “ninguém pode se valer da própria torpeza” só pode funcionar como critério necessário de validade jurídica, pois existe um número potencialmente ilimitado de padrões que satisfazem esse critério de validade.

A mesma disputa se instaura entre Coleman e Kramer, que debatem sobre a versão forte e moderada de incorporacionismo. Coleman afirma se ver forçado a salvar o positivismo inclusivo da defesa de Kramer. Coleman sustenta que a afirmação de Kramer segundo a qual uma regra de reconhecimento “robusta” é extremamente controvertida para sustentar uma prática jurídica não consegue afetar sua teoria pela mesma razão, isto é, se tratar de um caráter empírico, e não conceitual. E acrescenta

²⁶⁸ Ibid, p. 177; KRAMER, Mathew. “How Moral Principles Can Enter Into Law”. *Legal Theory*, 6, 2000, p. 83 *et seq*

²⁶⁹ COLEMAN, Jules. *The practice of principles*, op. cit. p. 113

²⁷⁰ WALUCHOW, Wilfrid. “Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism” *Legal Theory*, 6, n. 1, 2000, p. 76.

Acho que é inexplicável que Kramer me associe ao que ele chama "Incorporacionismo Robusto", porque a minha opinião é muito mais ampla do que isso. Ela é a visão de que não existem restrições sobre as condições de legalidade impostas, quer pela teses básicas do positivismo jurídico ou pelo nosso conceito de direito. Se não existirem tais restrições, então *a fortiori* é possível até mesmo a existência de uma regra de reconhecimento que faz da moralidade uma condição necessária e suficiente da legalidade, mas essa possibilidade marca o caso limite deste tipo de sistema jurídico possibilitados pelo meu ponto de vista. Eu certamente não espero que tais critérios possam sustentar uma efetiva prática jurídica sob nenhum conjunto particular de circunstâncias empíricas.²⁷¹

Kramer rebate, afirmando que, apesar do incorporacionismo forte ser conceitualmente possível, parece ser apenas aplicável a sociedades muito homogêneas, enquanto sua versão moderada pode ser aplicável em grande escala.

(...) enquanto a tese do Incorporacionismo extremo é verdadeira - como eu sempre aceitei prontamente - ela é inutilmente distrativa e não iluminadora e desnecessariamente problemática. Suas virtudes são totalmente compartilhadas e suas deficiências evitadas por uma versão moderada do Incorporacionismo. Seguramente, um filósofo tão ágil como Coleman pode lograr desenvolver uma série de idéias para defender a tese robusta do incorporacionismo contra vários desafios conceituais. No entanto, os mesmos desafios podem ser repelidos pelo Incorporacionismo moderado, e, na verdade, esta última doutrina pode lidar com eles de maneira mais suave. (...) Para compreender plenamente a aptidão da tese moderada do Incorporacionismo, neste contexto, devemos refletir brevemente sobre o que ela afirma. Essa tese não nega nada do afirmado pela tese robusta do Incorporacionismo, mas simplesmente afirma menos.²⁷²

Outra questão de divergência entre os autores é como Hart, que pode ser considerado o "pai" do debate e que faleceu em 1994, antes de concluir seu Pós-escrito, se encaixaria nas discussões, isto é, em que lado do debate está o positivismo suave hartiano. Como a proposta inicial do positivismo inclusivo é partir do positivismo hartiano, a maioria dos autores da corrente reiteradamente afirme que sua versão é com ele compatível. Waluchow sustenta expressamente que Hart adere a sua versão de positivismo inclusivo. Isto porque o exemplo de regra de reconhecimento que incluía valores morais oferecido por Hart é o da Quinta Emenda da Constituição norte-americana, o que para ele, deve ser interpretado como uma condição necessária de validade.²⁷³ De outro lado, Himma e Coleman sustentam o oposto, isto é, que o *soft positivism* de Hart busca demonstrar como o positivismo pode se adequar ao pensamento de

²⁷¹ COLEMAN, Jules. "Constraints on the criteria of legality" *Legal Theory*, 6, 2000, p. 183.

²⁷² KRAMER, Matthew. "Throwing light on the role of moral principles in the Law: further reflections". *Legal Theory*, 8, 2002, p. 129.

²⁷³ WALUCHOW, Wilfrid. "Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism" *Legal Theory*, 6, n. 1, 2000,, p. 79.

Dworkin, e isto só pode se dar se a obrigatoriedade dos princípios não for dependente de um fonte “autoritativa”.

Enquanto alguns positivistas inclusivos endossam apenas o componente necessário da tese da incorporação, Hart mais plausivelmente esta comprometido com ambos componentes. Como Jules Coleman pontuou, o objetivo de Hart ao adotar a tese da incorporação foi mostrar como o positivismo poderia acomodar a visão de Dworkin que o princípio do caso Riggs era juridicamente vinculante, não porque possuía uma fonte “autoritativa”, mas porque seu conteúdo era um requisito fundamental de justiça.²⁷⁴

Um terceiro ponto de tensão é em relação à metodologia utilizada na abordagem do fenômeno jurídico. Como visto, Coleman rejeita a aproximação descritivo-explicativa de Waluchow, o que traz reflexos maiores nos projetos empreendidos por cada um dos autores. Isso implica que Coleman não se atem ao “desafio da carta” que é um dos temas centrais da defesa do positivismo inclusivo de Waluchow e de seus artigos mais recentes e que se funda na capacidade explicativa do positivismo inclusivo.²⁷⁵

Coleman até reconhece que a capacidade explicativa pode ser uma virtude, mas o cerne da disputa com a versão exclusiva do positivismo não é uma questão de explicação, mas de interpretação. O ponto nodal para Coleman não é qual teoria tem maior precisão descritiva, mas qual oferece a melhor interpretação da presença de linguagem moral em cláusulas constitucionais.

Obviamente, ninguém nega que precisão descritiva é uma virtude de uma teoria, mas a disputa entre positivismo exclusivo e inclusivo não pode ser resolvida com bases descritivas, pela simples razão que a disputa não é descritiva. É uma disputa interpretativa. (...) A questão não é se o positivismo exclusivo ou inclusivo satisfaz este critério de precisão descritiva, ao contrário, a questão é qual visão proporciona a *melhor explicação* para o fato da linguagem moral aparecer em cláusulas constitucionais.²⁷⁶

Em resposta, Waluchow afirma que sua teoria fora mal interpretada, destacando que o uso da palavra “descritiva” teve por objetivo distinguir sua teoria de uma teoria “interpretativa” como a de Dworkin. Por isso, buscava explicar sem se comprometer com a moral ou objetivos justificatórios.

(...) é possível reconhecer o papel do valor, incluindo o valor moral, na teoria do direito sem necessidade de estar totalmente de acordo com Dworkin. Pode se encontrar uma papel central para o valor sem propor que deliberadamente tratemos de fazer dos dados investigados “o melhor que moralmente possam ser”. Pode se permitir que o valor influa em, inclusive em alguns casos governe, a

²⁷⁴ HIMMA, Kenneth. “H. L. A. Hart and the Practical Difference Thesis” op. cit. p. 3-4.

²⁷⁵ WALUCHOW, Wilfrid. “Four Concepts of Validity: Reflections on Inclusive and Exclusive Positivism”, in HIMMA, K. e ADLER, M. *The Rule of Recognition and the United States Constitution* Oxford: Oxford University Press, 2009

²⁷⁶ COLEMAN, J. *The Practice of Principles*, op. cit. p. 109.

descrição teoria sem arriscar-se a cair no engano moral e intelectual que se observa nas concepções dworkinianas²⁷⁷

Ademais, Waluchow não concorda com Coleman que o argumento do “desafio da carta” não seja uma boa refutação ao positivismo exclusivo. Waluchow demonstra que, quer se encare a versão exclusiva como conceitual ou como descritiva, a existência de um sistema jurídico que determine o direito com base em considerações morais é capaz de refutá-lo

O positivismo exclusivo, em ambas as suas formas – conceitual ou descritiva, é falseado pela existência de sistemas jurídicos nos quais a determinação do direito algumas vezes dependa de valores morais. O positivismo inclusivo, em ambas as suas formas, é sustentado pela existência destes sistemas. Talvez seja útil notar que ate mesmo se não existissem sistemas como este, isto não invalidaria ou falsearia a versão conceitual de positivismo inclusivo. Como Jules Coleman observa, sua versão é defensável desde que consigamos conceber pelo menos um mundo possível onde este sistema exista.²⁷⁸

Além destes três eixos centrais do debate interno – o papel efetivo da moral, o lugar do *soft positivism* hartiano no debate e a metodologia empregada – existem outras divergências menores. Himma também manifestou suas divergências com a proposta de Waluchow, apontando falhas na articulação de seus argumentos. A principal crítica de Himma é que Waluchow não se esforça em oferecer uma versão positivista sobre a obrigatoriedade dos princípios, preferindo focar-se em falhas argumentativas de Dworkin.²⁷⁹

De outro lado Kramer busca oferecer resposta a critica de Himma, segundo a qual o PJI não ajuda a compreender a prática jurídica em sociedades nas quais é a Corte Suprema quem tem a autoridade final. Para Kramer, embora a Corte Suprema tenha autoridade final em algumas sociedades, as críticas e elogios das decisões tomadas estabelecem de forma coletiva o dever da Corte

Em suma, Himma afasta-se consideravelmente para abastecer as linhas de pensamento com a sua crítica ao positivismo inclusivo e ao incorporacionismo. Tendo debatido algumas questões de grande importância, ele averigua muitos de seus subtítulos; neste processo, em certa medida, ele contraria a sua própria perspectiva sobre eles. De qualquer forma, apesar de seus picantes argumentos, ele não conseguiu refutar a idéia de que a lei e a moralidade podem, de maneira convincente, reunir-se na forma prevista pelo positivismo inclusivo ou pelo incorporacionismo²⁸⁰

²⁷⁷ WALUCHOW, W. *Positivismo Jurídico Includente*. op. cit. p 33

²⁷⁸ WALUCHOW, Wilfrid. "The many faces of legal positivism". *University of Toronto Law Journal*, nº48, 1998, p. 394-396.

²⁷⁹ HIMMA, Kenneth. "Waluchow 's defense of Inclusive Legal Positivism" *Legal Theory*, 5, 1999, p. 115.

²⁸⁰ KRAMER, M. *Where Law and morality meet*, Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 140.

4.3

Balanço final do debate

Tendo em vista o caminho percorrido – da gênese do positivismo inclusivo aos debates atuais, incluindo debates internos – resta-nos perguntar o que resta depois de tantas réplicas e trélicas. Em muitos momentos o debate parece um diálogo de surdos, no qual cada autor fica mais preocupado em afirmar sua posição do que compreender a do próximo. Em outros, parece que a discussão se resume a uma disputa de rótulos, sem maiores relevâncias práticas.

4.3.1

O conteúdo mínimo do positivismo jurídico

Um ponto que parece ter ficado claro é como termo “positivismo jurídico” suscita dúvidas e ambigüidades, e é utilizado para designar teses logicamente independentes. Apesar de antiga, a lição de Bobbio parece não ter sido plenamente assimilada, e como destaca Bayón²⁸¹, um caminho para melhor compreensão da questão passa por uma breve discussão sobre as teses presentes sob o título “positivismo jurídico” e por aqui deve começar nosso balanço final.

O esforço inicial de clarificar a tese positivista passa normalmente pela tese da “separação conceitual entre o direito e a moral”. Todavia os mesmos problemas que acontecem com o termo “positivismo jurídico” acabam por se repetir com o da “separação conceitual”, isto é, sob essa expressão encontram-se teses logicamente independentes. Bayón aponta que grande parte do debate aqui exposto é fruto da aceitação seletiva de algumas destas teses, e não sua aceitação ou recusa em bloco, o que faz com que essa teoria do direito se situe em uma “inóspita terra de ninguém” entre positivismo e não positivismo, para a

²⁸¹ BAYÓN, Juan Carlos. “El contenido mínimo del positivismo jurídico” in ZAPATERO, V. (Ed.) *Horizontes de La Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*. Ediciones de Universidad de Alcalá de Henares, 2002, vol. II, p. 33-54.

qual já se chegou a improvisar etiquetas de circunstancia de nulo poder explicativo como pós-positivismo. Uma teoria do direito saudável deve concentrar seus esforços nas idéias e não nas etiquetas, por isso é necessário traçar um bom mapa desta terra de ninguém.²⁸²

Decompondo-se a “tese da separação conceitual entre direito e moral” chega-se a seu aspecto básico e central que é a “tese das fontes sociais”, que também pode ser desmembrada em elementos logicamente independentes até se chegar a um denominador comum entre todos eles, obtendo-se assim o núcleo básico do positivismo que seria a “tese convencionalista”, podendo ser considerado desta forma o conteúdo mínimo do positivismo jurídico.

A tese social, embora enunciada de maneiras distintas, costuma ser caracterizada da seguinte forma: a existência e o conteúdo do direito é algo que depende de fatos sociais complexos. Assim encarada, cuida-se de uma tese conceitual, não podendo ser verdadeira nem falsa; é uma estipulação de um critério para o uso do termo direito. Ocorre que, como visto, tem-se sustentado nos embates teóricos a existência de duas versões possíveis da tese das fontes sociais: uma forte, ou excludente; outra fraca, inclusiva ou incorporacionista. Segundo a tese forte, a identificação do direito depende exclusivamente de fatos sociais, o que implica que a não conexão identificatória entre o direito e a moral é uma verdade necessária. Para a tese fraca, no entanto, o que é necessariamente de natureza convencional é a identificação dos critérios de identificação do direito, e não necessariamente estes últimos, o que torna a tese da não conexão identificatória entre o direito e a moral meramente contingente. Portanto, torne-se ambíguo afirmar que o núcleo básico do positivismo está na tese das fontes sociais – já que esta se apresenta em duas versões . Para se alcançar realmente uma tese unitária, deve se retroceder a um núcleo comum das duas versões da tese social - a tese convencionalista – segundo a qual o direito é uma função de práticas sociais, sem se comprometer com nenhum ponto de vista sobre que classe de função seria esta.²⁸³

Chegamos então, nessa regressão a partir de teses ambíguas, ao que seria o núcleo comum das teses positivistas – a tese convencionalista. Note-se que este núcleo comum não pretende ser um conceito de direito, apenas a real interseção entre as diversas teses denominadas positivistas. Assim considerado – como uma convenção, como fruto de práticas sociais – o direito não seria

²⁸² Ibid p. 35.

²⁸³ Ibid, p. 46-47.

discernível da moral, que também pode ser encarada como uma prática social fruto de convenções. Mas não poderia ser diferente, já que as divergências centrais das várias versões de positivismo estão exatamente na relação entre direito e moral – separação, separabilidade, incorporação, etc. – não se podendo falar em tese compartilhada por todos a este respeito.

O passo seguinte é examinar se essa desvinculação da tese das fontes com a não conexão necessária entre o direito e a moral é viável, ou se a única versão plausível da tese social é a sua versão forte. Essa é a afirmação feita, como vimos, desde extremos opostos como Raz e Dworkin.

4.3.2

A viabilidade teórica do positivismo inclusivo

Raz afirma que os que sustentam a tese social fraca deveriam proporcionar algum critério para distinguir quando, a partir de referências morais, ocorre a aplicação de direito pré existente de quando há criação de direito novo, mas no entanto, não proporciona.²⁸⁴ Dworkin, baseando-se sobretudo na versão incorporacionista de Coleman, afirma que a tese fraca não passa de um “positivismo fingido” (*pickwickian positivism*), sendo melhor descrita como um anti-positivismo²⁸⁵. E mesmo autores, que não se situam em nenhum dos dois extremos, como o próprio Bayón, sustentam a inviabilidade teórica do positivismo inclusivo, pois o discurso de identificação do direito, ao estar constrangido por nossas convenções, não pode ser um genuíno discurso moral. O positivismo inclusivo enfrentaria assim um dilema: ou bem abandona o convencionalismo ou resulta indiscernível da versão exclusiva. Desta forma, uma suposta convenção de seguir critérios não convencionais ou é uma convenção meramente aparente ou seu conteúdo não é seguir critérios não convencionais.²⁸⁶

Nenhuma destas críticas parece prosperar, isto é, o positivismo jurídico inclusivo configura-se teoricamente viável. Waluchow logrou dar uma resposta satisfatória ao desafio lançado por Raz, isto é, para saber quando os juízes

²⁸⁴ RAZ, Joseph. *La autoridad del derecho*, op. cit. p. 67

²⁸⁵ Cf. DWORKIN, Ronald. “Thirty years on”. *Harvard Law Review*, 115, n. 6, 2002.

²⁸⁶ BAYÓN, J. “El contenido mínimo del positivismo jurídico” op. cit. p. 48.

atuam ou não com discricionariedade, devemos observar seu comportamento. (vide capítulo 3). Recorrer a um valor moral e recorrer à discricionariedade não são equivalentes.

Quanto à crítica de Dworkin, segundo a qual a versão inclusiva colapsa em um anti-positivismo, ela somente possui algum sentido se vinculada à (problemática) versão inclusiva de Coleman, que sustenta que a moral pode ser condição suficiente de legalidade. Levando-se em conta versões, como de Waluchow ou Kramer, segundo as quais a moral pode funcionar apenas como condição necessária de legalidade, a crítica de Dworkin não prospera, e fora bem rebatida por Moreso – isto é, a visão de Dworkin é apenas uma visão otimista de positivismo inclusivo.

Por fim, com relação a inviabilidade de um genuíno discurso moral ser compatível com os limites de uma convenção, como sustenta Bayón, parece assistir razão à Angeles Ródenas, ao afirmar que quando da aplicação de diversas cláusulas constitucionais, temos um raciocínio que é ao mesmo tempo restringido por convenções – como a constituição – e é baseado num raciocínio moral. É o que se dá, por exemplo, quando da aplicação do princípio constitucionalmente positivado da dignidade da pessoa humana. Temos aí um discurso moral dentro dos limites de uma convenção.

Tal solução parece ser preferível àquela oferecida por teorias exclusivas, em todas as suas versões, que resolve a aplicação de valores morais em termos de discricionariedade, em uma discussão que é alheia ao direito. Isto discrepa profundamente da prática jurídica que vivemos, na qual cada vez é mais freqüente que se tenha juristas, dentro de tribunais, discutindo os limites de aplicação da dignidade da pessoas humana – para nos atermos ao mesmo exemplo dado. Encarar tal menção a valores como uma mera delegação de poder ao aplicador para decidir, decisão esta que não está regulada pelo direito, é oferecer uma visão distorcida das práticas jurídicas.

Ao encararmos estas referências morais como meras delegações de poder discricionário ao aplicador, elas poderiam ser vistas como intercambiáveis, já que o efeito de todas elas seria o mesmo: transferir a decisão para o aplicador. Mas mesmo termos com alto grau de vagueza como “dignidade humana” ou “boa-fé” não parecem ser intercambiáveis e parecem exercer algum tipo de limitação jurídica ao aplicador. Ao tratar essas questões como jurídicas, o positivismo inclusivo se mostra mais próximo da realidade, uma solução mais

adequada do que varrer as incertezas para baixo do tapete da discricionariedade, relegando-as ao campo da moral, da política ou de alguma outra esfera que não o direito.

Assim, não vemos razão para se considerar inviável do ponto de vista conceitual, a existência de uma versão inclusiva de positivismo jurídico. Os outros argumentos levantados contra o positivismo inclusivo também não se demonstraram hábeis a refutá-lo. Argumentos como o da autoridade, do *pedigree*, ou da função parecem, como visto, exacerbar estas características do direito. O direito não deixa de cumprir sua função nem abre mão de sua pretensão de autoridade pelo simples fato de incorporar determinados valores morais controversos. O direito como um todo deve exercer alguma diferença prática, e não as normas individualmente consideradas.

Podemos encontrar algumas inconsistências na refutação de algumas teses apresentadas por Waluchow. Com relação ao argumento da validade, por exemplo, a afirmação que um padrão que possua peso possa ser tido como legalmente válido não decorre da discussão do autor sobre lei local e federal. Trata-se de questões distintas. Num conflito entre lei local e lei federal podem estar presentes uma série de circunstâncias e critérios hierárquicos e de repartição de competências que não são aplicáveis a questões gerais de coexistência de peso e validade jurídica. Com relação ao argumento do *pedigree*, Waluchow oferece argumentos empíricos, enquanto a afirmação de Dworkin sobre a inconsistência de testes de conteúdo para validade jurídica é conceitual²⁸⁷

Apesar disto, a estratégia de Waluchow parece, em seu conjunto, bem sucedida, pois consegue conciliar a possibilidade da existência de um teste de juridicidade que leve em conta critérios de conteúdo com a manutenção das teses básicas positivistas. O debate com Raz parece demonstrar certo exagero nas afirmações exclusivas quanto ao grau de certeza de padrões identificáveis por um critério de fonte e o de incerteza dos identificáveis por critérios de conteúdo, assim como do caráter autoritativo do direito. A preferência pela versão exclusiva com bases nestes fatores perde de fato força. Portanto, o positivismo inclusivo consegue escapar ileso das críticas externas que recebe

²⁸⁷ Todavia é fácil encontrar padrões legalmente válidos e possuidores de peso; a demonstração da falsidade da premissa 4 do argumento é bem mais simples. Cf HIMMA, Kenneth. "Waluchow's defense of inclusive positivism". *Legal Theory*, 5, 1999, p. 101-116

4.3.3

A moral como condição necessária ou suficiente

Voltando agora ao debate interno, se deixamos de lado questões meramente nominais, de rótulos e etiquetas, a principal questão que fica é a do papel da moral na identificação do direito: condição necessária ou suficiente? Parece ter razão Wilfrid Waluchow, segundo o qual a moral somente pode funcionar como condição necessária, pois precisa haver sido cristalizada pelo ordenamento, e o exemplo maior é a incorporação de alguns valores, e não outros, em nosso ordenamento. Esta necessidade de cristalização de determinado valor previamente no ordenamento, inviabiliza que ele funcione como condição suficiente de legalidade.

A defesa de Coleman no sentido contrário – isto é, de que a moral pode funcionar como critério suficiente de juridicidade – é restrita, como ele mesmo deixa claro, ao campo conceitual, pois seria incapaz de sustentar uma prática jurídica concreta. Kramer sustenta com razão que a versão moderada da tese incorporacionista é capaz de proporcionar as virtudes da tese robusta sem os problemas que esta pode causar – colapsar num antipositivismo ou ter valor meramente conceitual. A tese moderada tem aplicação em diversos sistemas jurídicos existentes, e neste ponto se justifica a sua preferência. Uma regra de reconhecimento que afirme que “direito é tudo aquilo que for justo” pode ser até conceitualmente possível, mas praticamente inviável.

Waluchow oferece alguns exemplos de casos envolvendo valores no ordenamento canadense. O debate em si começou a partir de exemplos de Dworkin de casos nos quais valores morais eram aplicados por juízes. Podemos também, a título de exemplo, buscar um caso recente e polêmico do ordenamento brasileiro: o “Caso Richarlyson”²⁸⁸. Em breves linhas, Richarlyson, um jogador de futebol do clube São Paulo, ajuizou queixa-crime em face de um dirigente de outro clube, Palmeiras, que haveria insinuado que o jogador era homossexual. O juiz do caso arquivou a referida queixa-crime por entender não ter havido nenhum tipo de ofensa à honra do jogador evocando uma série de

²⁸⁸ Processo nº 936/07 da Comarca da Capital do Estado de São Paulo. A decisão, na íntegra, pode ser encontrada em http://www1.folha.uol.com.br/folha/esporte/20070803-caso_richarlysson.pdf

valores morais para isso. Transcrevo:

“futebol é jogo vil, varonil, não homossexual. (...) Não que um homossexual não possa jogar bola. Pois que jogue, querendo. Mas forme o seu time e inicia uma Federação. Agende jogos com quem prefira pelejar contra si. (...) O que não se mostra razoável é a aceitação de homossexuais no futebol brasileiro, porque prejudicariam a uniformidade de pensamento da equipe, o entrosamento, o equilíbrio, o ideal. (...) Precisa portanto, a estrofe popular que consagra – Cada macaco no seu galho, cada galo em seu terreiro, cada rei em seu baralho. É assim que eu penso... e porque penso assim, na condição de Magistrado, digo! Rejeito a presente Queixa-Crime. Arquivem-se os autos.”

Não cabe aqui analisar o mérito do caso nem a eventual culpabilidade dos agentes. O que importa é notar que, ao afastar a ilicitude da conduta, descaracterizando assim crime contra a honra, com base no valor moral da “virilidade no futebol” o juiz lançou mão de um valor que definitivamente não está consagrado no ordenamento jurídico brasileiro. Mesmo que “virilidade futebolística” faça parte da moralidade positiva – se é que o faz – não se encontra positivada constitucional nem infra-constitucionalmente.²⁸⁹ Temos aqui um típico caso de aplicação de um valor moral, talvez até compartilhado pela maioria dos indivíduos da sociedade, mas que definitivamente não é jurídico. Apesar de se tratar de um valor moral, não pode funcionar como condição suficiente de juridicidade. E assim reconhece o próprio magistrado, que afirma estar aplicando discricionariamente uma convicção pessoal – e não aplicando direito pré-existente. O exemplo demonstra a necessidade de cristalização de determinados valores morais para que possam funcionar como critério de juridicidade e demonstra também como é possível, ao se recorrer a um valor moral, distinguir o exercício de discricionariedade da aplicação de direito pré-existente.

4.3.4

A superação do debate

²⁸⁹ Aliás, o valor da “virilidade futebolística” choca-se frontalmente com outros valores positivados – ou cristalizados, nos dizeres de Waluchow – constitucionalmente, como a isonomia, (5º, *caput*) ou a “promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV)

Um último ponto que merece abordagem é a atual relevância do debate entre inclusivos e exclusivos, isto é, depois de quase quarenta anos de debates, que colocaram o positivismo jurídico numa verdadeira “encruzilhada”, cabe-se questionar se ainda faz sentido permanecer nesta discussão.

Três seriam os caminhos possíveis²⁹⁰. Um deles é negar o positivismo – e entender assim que Dworkin foi o vencedor da disputa com Hart – afirmando, portanto, uma teoria não-positivista do direito. É o que faz Alexy, por exemplo.²⁹¹ Alexy entende que o direito possui uma natureza dual – real e ideal – que conjuga coerção com correção, e o positivismo jurídico não seria capaz de apreender essa segunda faceta do direito; somente uma visão compreensiva seria capaz de fazê-lo.

Um segundo caminho, dando razão a Hart no debate com Dworkin, compreender que o positivismo jurídico é capaz de dar conta dos desafios que lhe foram postos nos últimos anos. Restaria então uma disputa interna ao positivismo, entre exclusivos e inclusivos – e como vimos, até mesmo entre estes últimos.

Autores como Fernando Atria consideram a disputa uma mera “briga de família”²⁹², outros, como Danny Priel consideram, o debate superado pelo fato de ambos os lados estarem errados. Segundo Priel, embora termos morais freqüentemente apareçam em textos legais, elas se referem ao seus conceitos jurídicos, e não aos seus conceitos morais. Desta forma, quando há menção ao termo “justiça” em algum texto legal, se está fazendo referência não ao conceito moral “justiça”, mas ao seu conceito jurídico²⁹³. Portanto, a questão da incorporação da moral no direito deve ser evitada e o debate deixado de lado. A solução não parece satisfatória, pois de fato se está lidando com uma classe de conceitos que são jurídicos e morais. Tais conceitos, embora consolidados em algum texto legal, não parecem guardar autonomia semântica com o valor moral

²⁹⁰ Evitamos fazer menção a termos que, apesar de largamente utilizados nos debates sobre teoria do direito, especialmente no Brasil, são altamente vagos e muitas vezes de nulo poder explicativo, como “neoconstitucionalismo” e “pós-positivismo”. Muitas vezes as expressões são empregadas pela doutrina nacional como sinônimas, mas um exame da obra que serve como marco teórico do tema – Neoconstitucionalismo(s), organizada por Miguel Carbonel – dá conta que o termo abarca teorias de cunho positivista, como Ferrajoli, Guastini e até mesmo Jose Juan Moreso; e outras antipositivistas – como Alexy. Já o termo “pós-positivismo” é ainda mais problemático e de pequeno (ou nulo) valor explicativo, por ser empregue com as mais distintas finalidades – como por Mario Jori, MacCormick ou Calsamiglia. Cf. BAYON, J “El contenido mínimo del positivismo jurídico” op. cit; DIMOULIS, D. *Positivismo Jurídico*, op. cit.

²⁹¹ ALEXY, Robert. “On the concept and the nature of Law” *Ratio Juris*, 21, n. 3, 2008, p. 281-299.

²⁹² ATRIA, Fernando. “La ironía del positivismo jurídico” *Doxa*, 27, 2004, p. 83.

²⁹³ PRIEL, Danny. “Farewell to the Exclusive-Inclusive Debate” *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 25, n. 4, 2005, p. 675-696.

correspondente, isto é, o conceito jurídico de “justiça” parece estar intimamente ligado ao conceito moral de “justiça”, e o problema assim persiste.

Wilfrid Waluchow, um dos protagonistas do debate, propôs em recente artigo²⁹⁴ uma solução alternativa, mas que também representaria de certa forma a superação da questão inclusiva/exclusiva. Partindo da discussão entre Himma e Kramer, conclui que cada um deles logrou observar corretamente determinados aspectos, e uma solução possível de compatibilização é desmembrar o conceito de validade, separando-o do conceito de existência. A idéia de tentar acomodar as teorias, buscando valorizar os pontos corretamente observados pelos opositores é louvável, e parece ser o caminho a seguir, mas não se pode dizer que o debate tenha sido de fato superado, ainda persistem muitos pontos de divergência.

Um terceiro caminho seria não apenas uma superação do debate entre inclusivos e exclusivos, mas a superação do positivismo jurídico como um todo. É o que propõe, por exemplo, Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero em seu trabalho *Dejemos atrás el positivismo jurídico*. Ambos consideram corretas as teses básicas do positivismo, não havendo porque negá-las. Deve-se dar continuidade ao legado positivista, mas para deixá-lo para trás. As teses positivistas, apesar de corretas, não são capazes de dar conta do estado constitucional em que vivemos, pois o direito não é apenas um conjunto de regras e princípios, mas uma prática social complexa, focada no aspecto argumentativo do direito.²⁹⁵

Dos três caminhos possíveis, entendemos, como já vínhamos alinhavando, ser o positivismo jurídico inclusivo – na versão proposta por Waluchow, Kramer, Moreso - o mais adequado a dar conta do estado constitucional contemporâneo, pois consegue oferecer uma descrição valorativamente neutra dos sistemas jurídicos e ao mesmo tempo dar conta do conteúdo moral neles incorporados. Em outras palavras, aceita e resolve o “desafio da carta” sem precisar se tornar uma teoria normativa nem reduzir a aplicação de valores à discricionariedade do aplicador.

Não há porque “deixar para trás” a tradição positivista – sob o risco de se “jogar fora a criança com a água do banho” – mas esta pode seguir avançando, como o fez ao longo dos últimos dois séculos, buscando-se priorizar a

²⁹⁴ WALUCHOW, W. "Four Concepts of Validity: Reflections on Inclusive and Exclusive Positivism", op.cit.

²⁹⁵ ATIENZA, M. e MANERO, J. "Dejemos atrás el positivismo jurídico" op. cit.; ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2006

acomodação de corretas percepções do fenômeno normativo em detrimento de disputas de rótulos e “mal entendidos” que marcaram boa parte do recente debate. Mantendo-se a “vigilância” proposta por Brian Bix para que as disputas teóricas não sejam apenas aparentes²⁹⁶, pode-se evitar a previsão crítica e bem-humorada de Schauer segundo a qual a teoria analítica em geral, e em especial os debates sobre positivismo jurídico são grandes preocupações irrelevantes de um pequeno grupo de pedantes obsessivos por questões filosóficas, muitos dos quais são ingleses, e a maioria dos quais já estão mortos.²⁹⁷

²⁹⁶ BIX, Brian. “Patrolling the Boundaries: Inclusive Legal Positivism and the Nature of Jurisprudence Debate” *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 12, 1999, p 33.

²⁹⁷ SCHAUER, Frederick. “Positivism through thick and thin” in BIX, Brian. *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*, Oxford: Clarendon Press, 1998.