

CRÍTICA À TESE DA SEPARAÇÃO CONCEITUAL ENTRE DIREITO E MORAL

João Marcelo Brito da Silva¹

Marcel Moraes Mota²

The existence of law is one thing; its merit or demerit is another. Whether it be or be not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry³.

John Austin

Resumo: O presente trabalho objetiva responder à questão problema acerca se há uma necessária conexão entre direito e moral. Neste sentido, far-se-á uma exposição inicial da tese da separação conceitual entre direito e moral e o que ela significa para a teoria do direito. Em um segundo e terceiro momentos, expõem-se, respectivamente, as teorias do positivismo jurídico inclusivo e positivismo jurídico exclusivo com suas devidas formulações teóricas. Por fim, almeja-se elaborar uma síntese do que foi abordado no trabalho em forma de considerações. Conclui-se com a afirmação de que no positivismo jurídico não há espaço para a tese da separação conceitual entre direito e moral devido ao fato de o direito enquanto sistema normativo não pressupõe a moral como critério de sua validação.

¹ Mestrando em Ciências Histórico-Jurídicas, na especialidade de Teoria do Direito, pela Universidade de Lisboa. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Farias Brito.

² Doutorando em Ciências Jurídicas, na especialidade de Ciências Jurídico-Civis, pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito (Ordem Jurídica Constitucional) pela Universidade Federal do Ceará.

³ A existência do direito é uma coisa; seu mérito ou demérito é outra. Se o direito é ou não é direito é uma investigação; se o direito é ou não é conforme a um padrão assumido, é uma investigação diferente. (Traduziu-se).

Palavras-Chave: 1. Teoria do Direito; 2. Tese da Separação Conceitual; 3. Positivismo Jurídico; 4. Direito; 5. Moral.

CRITIQUE ON THE THESIS OF CONCEPTUAL SEPARATION BETWEEN LAW AND MORALITY

Abstract: The present work aims at answering the question whether there is a necessary connection between law and morality. In this sense, it will be initially exposed the conceptual separation thesis between law and morality and what it means to the theory of law. In a second and a third moment, it is exposed, respectively, the theories of the inclusive legal positivism and exclusive legal positivism with its necessary theoretical formulations. Finally, it is aimed to elaborate a synthesis of what has been exposed in this present work in the form of considerations. The conclusion will deal with affirmation that law as a normative system does not presuppose morality as a criterion of its validation.

Keywords: 1. Legal Positivism; 2. Theory of Law; 3. Conceptually Separation Thesis; 4. Law; 5. Morality.

1. INTRODUÇÃO



presente artigo tem como propósito discutir a tese da necessária conexão entre direito e moral. Com este propósito em mente é que será trilhado o caminho da exposição teórica no presente trabalho. A partir daí é que se tentará expor satisfatoriamente dentro do recorte epistemológico escolhido para o presente trabalho quais são as características desta tese. Após uma exposição inicial do que se vem a entender pela tese da separação conceitual entre direito e moral, passa-se a uma análise

minuciosa da tese do positivismo jurídico inclusivo com suas características. Havendo sido feita tal análise minuciosa, passe-se à análise do positivismo jurídico exclusivo.

Por fim, serão apresentadas as considerações finais em forma de posicionamento crítico do que foi explorado ao longo deste presente trabalho. A questão que se coloca desde o início deste trabalho até o seu fim é a de se há uma necessária conexão entre direito e moral na abordagem do positivismo jurídico. Referida tese se expressa de modo a considerar se a moral é um fator decisivo para a existência do direito, em outras palavras, se o direito para ser direito precisa possuir não necessariamente em todas as suas normas, mas, pelo menos, admitir que se possa haver tal conexão com a moral.

O direito sendo é uma instituição social e, nesta condição, é possuidor de certos conceitos que lhe são próprios. Pergunta-se, então, se entre estes conceitos está o conceito da separação conceitual entre direito e moral, eis que tal separação, em caso afirmativo de sua existência para que se possa adequadamente conceituar a tese da separação conceitual entre direito e moral e fazer suas devidas aplicações teóricas nos campos do positivismo jurídico inclusivo e exclusivo.

Ao final deste artigo será realizada uma ponderação dos argumentos até então apresentados ao passo que a conclusão a qual se chegará é a de que o positivismo jurídico comporta a tese da separação conceitual entre direito e moral no que toca à não aceitação da conexão entre direito e moral para fins de validade do direito e justiça, o que implica dizer que o direito não precisa da moral para que seja justo e sequer precisa da moral para que seja considerado direito válido, eis que referida tese implica aceitar a tese correlata das fonte social mediante a qual o direito é determinado por critérios sociais e não por critérios morais. Ainda assim, isto não implica dizer que o direito rejeita a tese do mínimo conteúdo moral, pois que é possível que as normas jurídicas contenham conteúdo moral embora tal conteúdo não seja

determinante para a caracterização do direito.

Sobretudo neste artigo, o que importa é a consideração das diferentes implicações teóricas que a tese da separação conceitual desenvolve no meio jurídico. A primeira implicação a ser considerada é a tese do positivismo jurídico exclusivo. Mencionada implicação rejeita por que o direito tenha qualquer tipo de ligação com a moral para que lhe seja aferido critério de validade, eis que, conforme dito anteriormente, o positivismo jurídico exclusivo é entendido como uma corrente teórica que rejeita a conexão necessária, nada impedindo uma conexão eventual, desde que esta não seja determinante para o caráter de validade do direito, especialmente no que toca ao valor moral da justiça para o direito que não encontra necessária conexão para como fator determinante para a validade do direito.

De outro lado, o positivismo jurídico inclusivo aceita a tese da necessária conexão entre o direito e moral ao menos para caracterizar como direito aquilo que pode ser entendido como conteúdo moral do mesmo, não aceitando que exista direito desprovido de conteúdo moral, o qual resta por necessário pelo menos em parte de seu conteúdo normativo, favorecendo, assim, a necessária relação entre direito e moral como critério de validade daquele em vista do seu conteúdo de justiça.

Ao final do artigo, considera-se que a decorrência necessária da tese da separação conceitual é a aceitação do positivismo jurídico exclusivo e conseqüente rejeição da tese do positivismo jurídico inclusivo pelos motivos supracitados. Isto porque, mencionada tese apenas assevera que o direito não depende da moral para ser direito. Nada impede que o direito possua conteúdo moral, como assim o reconhece a tese, apenas asseverando que mencionada conexão não é essencial para a caracterização do direito *qua* sistema normativo independente da moral.

2. A TESE JUSPOSITIVISTA DA SEPARAÇÃO CONCEITUAL ENTRE DIREITO E MORAL

O positivismo jurídico, ou simplesmente juspositivismo, encerra em si uma crença de que o direito é um instrumento de controle, um fenômeno social e, além disso, guarda relação com a tese da separação conceitual entre direito e moral. Neste presente excerto, concentrar-se-á acerca deste último ponto de análise sobre o juspositivismo, e.g., a tese da separação conceitual entre direito e moral. Os outros dois outros pontos dizem respeito a saber sobre (i) o direito ser considerado um instrumento de controle social, o que implica dizer que ele pode ser usado para finalidades aprováveis ou reprováveis a despeito de ser ainda considerado direito, e (ii), o direito ser considerado um fenômeno social o que implica afirmar que ele é resultado de um processo de construção social.

Por positivismo jurídico entende-se uma tradição jurídica que prega que o fenômeno jurídico está contido no direito posto. Dessarte, o direito posto é o direito que se coaduna com os ditames de normas jurídicas válidas dentro de um dado sistema jurídico. Tal ideia de um direito posto é a ideia de que para que haja direito faz-se necessário haver uma norma válida dentro de tal sistema jurídico pouco importando se a norma possui o valor justiça, ou não. A norma para ser jurídica basta ser devidamente válida dentro dos critérios de validação do próprio sistema jurídico ao qual pertence.

It says, to be more exact, that in any legal system, a norm is valid as a norm of that system solely in virtue of the fact that at some relevant time and place some relevant agent or agents announced it, practiced it, invoked it, enforced it, endorsed it, or otherwise engaged with it⁴. (Parker, 2000, p. 200).

A tese da separação conceitual entre direito e moral implica dizer que a existência do direito não necessita guardar

⁴ Diz, para ser mais exato, que em qualquer sistema jurídico, uma norma é válida como uma norma daquele sistema jurídico apenas graças ao fato de que em um importante momento e lugar algum relevante agente ou agentes anunciaram-na, praticaram-na, invocaram-na, fizeram-na cumprir, endossaram-na, ou, de outro modo se engajaram com ela. (tradução nossa).

relação com a moral para que seja direito, pois resta posto que direito e moral são coisas diferentes e que guardam uma relação de independência e não de necessária conexão conceitual entre si. Por conseguinte, o direito é visto como direito posto por uma autoridade legalmente competente para tal. Segundo tal tradição jurídica, o mero fato de uma norma jurídica violar padrões de moralidade não implica afirmar que tal não é uma norma jurídica, assim como afirmar que uma norma seja moralmente desejável não implica afirmar que constitua uma norma jurídica.

A tese da separação conceitual entre direito e moral é, então, uma tese que prevê o não compromisso do direito em relação com a moral. É dizer, tal tese prevê que o não compromisso do direito com valores morais, dando ao direito um significado de moralmente neutro ou de neutralidade moral. Possui uma abordagem sobre o nível do domínio do objeto.

Outrossim, direito positivo e direito natural não hão de se confundir, visto o último ser considerado conceitualmente justo, além de retirar sua instância de validade da natureza das coisas enquanto aquele há de ser entendido como conceitualmente separado da moral o que implica afirmar que sua instância de validade. Inobstante isso, o direito positivo pode ser entendido como que criado por um ato de vontade humana, i.e., promulgado pela vontade humana.

Die Naturrechtslehre ist – im Gegensatz zum Rechtspositivismus als einer realistischen - idealistische Rechtslehre. Denn das natürliche Recht, das neben dem realen, den positiven, durch menschliche Willkür geschaffenen und daher veränderlichen Recht angenommen wird, ist ein ideales, unveränderliches Recht, das mit der Gerechtigkeit identisch ist. Die Naturrechtslehre ist aber nicht *die* idealistische Rechtslehre. Sie unterscheidet sich von anderen idealistischen Rechtslehren – wie ihr Name sagt – dadurch, daß sie als die Quelle, aus der die Normen des idealen, gerechten Rechtes hervorgehen, die »Natur« betrachten. (KELSEN, 1962, p. 316, grifos no original)⁵.

⁵ A teoria da do direito natural é – em contraposição à teoria do direito positivo como

Como salientado anteriormente, a tese juspositivista da separação conceitual entre direito e moral significa uma separação no âmbito da validade do direito e da moral. Referida tese é tida por conceitual justamente por asseverar acerca de um conceito que seja tido com intrínseco ao conceito de direito.

Referida tese preceitua que o direito enquanto ciência normativa não guarda, em tese, uma relação de conexão com a moral para obtenção de sua validade. Para que se possa compreender de modo mais claro o que se deseja dizer neste trabalho faz-se necessário que se compreenda que não nomeada tese não implica dizer que o direito não pode ser justo, mas tão somente que ainda que não o seja, sua instância de validade ainda restará por preenchida.

Such a division, usually called the separation thesis, accords with our sense that: the law is morally fallible; that we can sometimes be under obligation (moral or legal) to obey or apply an unjust moral principle (whether that might be); that the legal reasoning in which lawyers and judges engage is different in crucial respects from moral reasoning; and finally, that unlike our moral principles can often be discovered in authoritative sources which we can just look up and apply without considering whether or not they are justified. Legality is marked by a claim to authority, morality by autonomy. (Waluchow, 1998, p. 387)⁶.

teoria realista – uma teoria idealista. Porque o direito natural, que está próximo do real, o positivo, por meio da vontade humana, é um direito ideal imutável, que se identifica com a justiça. Todavia, a teoria do direito natural não é a teoria do direito ideal. Ela difere de outras teorias jurídicas idealistas – como seu nome sugere – por considerar a natureza como fonte de onde procede o direito justo, o direito natural. (Traduziu-se).

⁶ Tal divisão, usualmente chamada de tese da separação, acorda com nosso senso de que: o direito é moralmente falível; que nós podemos às vezes estar sob obrigação (moral ou legal) de obedecer ou aplicar um princípio moral injusto (se assim pode ser); que a argumentação jurídica na qual advogados e juízes engajam é diferente em aspectos cruciais da argumentação moral; e finalmente, que diferente de nossos princípios morais que podem ser descobertos de uma maneira autoritária os quais podemos simplesmente olhar e aplicar sem considerar se eles estão justificados. Legalidade é marcada por uma pretensão de autoridade, moralidade por autonomia. (Traduziu-se).

A esfera de validade de uma norma jurídica é aferida por sua conexão a uma norma anteriormente válida, e não por sua conexão a uma norma ser moralmente aceita ou reprovada. Tal é o que se apregoa pela tese da separação conceitual. Por conseguinte, referida divisão conceitual entre direito e moral preceitua uma dicotomia entre o reino do direito posto e o da moral, o que significa dizer que o direito posto não tem sua esfera de validade afetada por julgamentos acerca da moralidade de suas normas. A separação conceitual entre direito e moral opera um papel importante sob a ótica de análise do juspositivismo.

A tese da separação conceitual entre direito e moral se apresenta como uma das estruturas centrais do juspositivismo. Assim, direito positivo de acordo com tal tese deve ser entendido como direito separado conceitualmente da moral. Em outras palavras, a moral não exerce função de conexão com a validade de uma norma jurídica a qual deve retirar de seu próprio sistema normativo sua instância de validade.

Portanto, segundo a tese da separação conceitual entre direito e moral, o positivismo jurídico preocupa-se com o direito enquanto ele é e não como o direito deveria ser moralmente. Se não existe conexão entre direito e moral, pode-se dizer que a concepção jurídica que a força normativa do direito não pode ser explicada a partir de conceitos morais.

Ainda nesta linha argumentativa, o que se expressa aqui é que de acordo com a tese da separação conceitual entre direito e moral o mero fato de uma norma ser moralmente desejável não a torna uma norma de direito, assim como o mero fato de uma norma jurídica ser indesejável não implica dizer que referida norma deixa de ser uma norma jurídica.

What both Bentham and Austin were anxious to assert were the following two simple things: first, in the absence of an expressed constitutional or legal provision, it could not follow from the mere fact that a rule violated standards of morality that it was not a rule of law; and, conversely, it could not follow from the mere fact that a rule was morally desirable that it was

a rule of law. (HART, 1958, p. 599).⁷

O que se expôs alhures é o entendimento de que ainda que uma norma jurídica seja reputada como violadora de um preceito moral, não há de se reputá-la como uma não norma. Continuando, ainda que uma norma fosse considerada moralmente desejada não se seguiria disso que se haveria por ter uma norma de direito. As implicações desta afirmação são as seguintes, o que se vê é que a instância de validade de uma norma jurídica não há de ser aferida pela sua conexão em tese com a moral.

Em conclusão a este primeiro tópico do presente trabalho, tem-se uma conceituação do que se vem a entender por juspositivismo, bem como uma distinção conceitual entre a doutrina juspositivista e a jusnaturalista e, por fim, a explicação da tese da separação conceitual entre direito e moral. Veja-se a seguir as teses que analisam a tese da separação conceitual entre direito e moral sob duas diferentes óticas, a saber, a ótica do positivismo jurídico inclusivo e a ótica do positivismo jurídico exclusivo.

3. O POSITIVISMO JURÍDICO EXCLUSIVO

Para o positivismo jurídico exclusivo, o direito não possui uma conexão necessária com a moral no sentido de depender da moral para que tenha seu critério de validade aferido. Isto significa dizer que o direito entendido como sistema de normas positivadas pela ordem estatal dispensa a moral para que seja considerado direito. Afirma que embora seja possível asseverar que o desenvolvimento do direito tenha sofrido profunda influência da convenção moral não se pode tomar isto como garantia de que um sistema jurídico tenha que exibir alguma conformidade

⁷ O que tanto Bentham e Austin estavam ansiosos para asseverar eram as seguintes duas coisas: primeiro, na ausência de uma previsão constitucional ou legal expressa, não poderia seguir do mero fato que uma norma viola padrões morais que ela não seria uma norma de direito; e, inversamente, não poderia seguir do mero fato que uma norma era moralmente aceitável que era uma norma de direito. (tradução nossa).

com a moral ou com a justiça. Sentido, cita-se Hart.

Thus, it cannot seriously be disputed that the development of law, at all times and places, has in fact been profoundly influenced both by the conventional morality and ideals of particular social groups, and also by form of enlightened more criticism urged by individuals, whose moral thoughts has transcended the morality currently accepted. But it is possible to take this truth illicitly, as a warrant for a different proposition: namely that a legal system *must* exhibit some specific conformity with morality or justice, or *must* rest on a widely diffused conviction that there is a moral obligation to obey it⁸. (Hart, 2012, p. 185, grifos no original).

Com relação a isso, tem-se que a premissa básica do positivismo jurídico exclusivo e, portanto, da tese da separação conceitual entre direito e moral é a de que o direito não precisa ser justo para que seja direito. Em outras palavras, é possível dizer que a ordem jurídica pode ser justo, mas do critério de justiça prescinde para que seja uma ordem jurídica o que implica dizer que, ainda que um sistema normativo não fosse justo, permaneceria sendo um sistema normativo.

No mesmo intento, o autor vienense Kelsen (1971, p. 2): “Justice is primarily a possible, but not a necessary, quality of a social order regulating the mutual relations of men”⁹. a despeito de não se concordar com a subjetividade de valores morais proposta por Kelsen, a qual não importa para o presente estudo, salienta-se que a justiça é uma qualidade possível da ordem jurídica de uma dada ordem social, prescindindo esta ordem jurídica

⁸ Então, isto não pode ser contestado seriamente que o desenvolvimento do direito, em todos os tempos a lugares, tem sido profundamente influenciado tanto pela moral convencional quanto pelos ideais de grupos sociais particulares, e que também por formas de mais críticas esclarecidas por indivíduos, os quais pensamentos morais transcenderam a moral correntemente aceita. Todavia, é possível tomar esta verdade de modo ilícito, como uma garantia para uma proposição diferente, nomeadamente que um sistema jurídico deve exibir alguma específica conformidade com a moral ou justiça, ou que precisa se fundar numa conexão amplamente difusa que existe uma obrigação moral a obedecê-lo. (Traduziu-se).

⁹ A justiça é em primeiro lugar uma possível, mas não necessária, qualidade de uma ordem social regulando as relações mútuas dos homens. (Traduziu-se).

da qualificação moral de justa para que lhe seja aferida seu caráter de validade. De igual modo não se vislumbra como uma ordem jurídica necessitaria de uma necessária conexão entre direito e moral para que pudesse ser obedecida. A uma, porque ainda que se entendesse uma determinada ordem jurídica como injusta, ela continuaria a se manifestar conquanto ordem jurídica que é. A duas, porque o caráter de validade pode ser auferido mediante uma regra de reconhecimento, a qual chancelaria normas tais como jurídicas ou não impondo o manto do direito sobre determinadas diretivas normativas. A três, porque a obediência ao direito se dá por uma questão de autoridade do poder político.

Com o que foi mencionado anteriormente, pode-se concluir que o positivismo jurídico compreendo ainda a tese negativa representada pela separação conceitual entre direito e moral, dela decorrendo por necessidade lógica a tese da fonte social a qual significa que o direito é direito desde que manifestado pela vontade humana. Em última instância o que proclama a tese da separação conceitual entre direito e moral é a independência do direito do domínio da moral, libertando-o, portanto, da dependência daquela para sua validade. De igual modo, referida tese liberta o direito da necessidade de tal conexão para que o direito possa pretender ser obedecido.

O que se segue é que a tese da separação conceitual entre direito e moral não exclui um mínimo conteúdo moral do direito entendido como aquele aspecto que serve para qualificar as normas jurídicas como justas ou injustas. Todavia, o que se pretende afirmar é que referida tese rechaça a ideia de uma necessária conexão entre direito e moral. Neste interim, o que se nota é que a sobredita tese implica no reconhecimento da tese do mínimo conteúdo moral e, de igual forma, na tese das fontes sociais, a qual afirma que o direito é um proveniente de um fato social aqui entendido como manifestação de vontade humana.

This close connection between justice in the administration of the laws and the very notion of a rule has tempted some famous

thinkers to identify justice with conformity to law. Yet plainly this is an error unless ‘law’ is given some specially wide meaning; for such an account of justice leaves unexplained the fact that criticism in the name of justice is not confined to the administration of the law in particular cases, but the laws themselves are often criticized as just or unjust¹⁰. (Hart, 2012, p. 161).

Pelo exposto, a tese da separação conceitual entre direito e moral pretende ser a tese de que a regra de reconhecimento¹¹ que admite uma separação possível entre o âmbito da moralidade e da juridicidade da normatividade vigente em determinada comunidade em que se aplique um sistema jurídico. Portanto, de acordo com referida tese, o direito não depende da moral, i.e., não precisa ter uma conexão com a moral para ser direito. Isto significa que o direito é uma entidade autônomo à moral, não necessitando dela para que possa existir no plano fático e normativo.

Isto fica claro quando se vê que o direito nazista por mais atroz e questionável que pudesse ser considerado seus preceitos normativos, ainda assim, era direito para efeitos normativos. Com isso não se quer dizer que os horrores do nazismo fossem bons, justos, ou éticos de acordo com alguma perspectiva ética que se pretenda aplicar, mas tão somente que o nazismo na Alemanha, durante o período em que houve a ascensão do nazismo ao poder, possuía direito em seu sentido de sistema normativo.

4. O POSITIVISMO JURÍDICO INCLUSIVO

O positivismo jurídico inclusivo aceita a tese da

¹⁰ Esta íntima relação entre justiça na administração das leis e a própria noção de uma regra tem tentado alguns pensadores famosos a identificar a justiça com a conformidade com o direito. Ainda claramente isto é um erro a não ser que ao ‘direito’ seja dado um significado diferente; pois tal visão de justiça deixa inexplicado o fato que criticismo no nome da justiça não está contido à administração do direito em casos particulares, mas as leis em si são geralmente criticadas como justas ou injustas. (Traduziu-se).

¹¹ Cf. Hart, H. L. A. *The Concept of Law*. 3ª. ed. Oxford University Press.

necessária conexão entre direito e moral pelo menos parcialmente, por isso o nome de positivismo jurídico inclusivo devido à esta aceitação da conexão entre as normas morais e normas jurídicas em seu conteúdo das últimas pelas primeiras. Neste sentido é que se pode falar de uma necessária conexão entre o direito e a moral como critério de validade do direito. Neste sentido, Wilfrid Waluchow alude ao fato de positivismo jurídico ser passível de permitir valores morais e princípios como critério de validade do próprio direito. O que acaba de ser dito pode ser constatado por Waluchow (2003, p.82) “On this view, which we have called inclusive legal positivism, moral values and principles count among the possible grounds that a legal system might accept for determining the existing and content of valid laws”¹².

Nesta perspectiva anteriormente já qualificada do direito, o direito necessita do valor moral da justiça para que lhe seja aferido seu critério de validade normativa. Esta questão acerca da validade normativa do sistema jurídico revela a perspectiva da necessária conexão entre direito e moral no aspecto da validade jurídica. O direito passa a necessitar aceitar a conexão com a moral para que possa ser válido, i.e., reconhecido como direito.

Portanto, na visão do positivismo jurídico inclusivo o direito pode vir a depender de valores morais para seu critério de validade. Todavia, isto não significa que todo o direito precisa de conteúdo moral para que se lhe seja aferido o critério sua validade, mas, pelo menos, parte do direito admitiria esta conexão entre direito e moral. Neste sentido é que se pensa o positivismo jurídico inclusivo como que em concordância com preceitos morais. Todo sistema legal possuiria uma conexão com a moral sob o argumento de que não seria moralmente defensável pensar que o conteúdo moral que as normas de determinado sistema jurídico pudesse vir ter possuísem conteúdo moral caso não fosse válido

¹² Nesta perspectiva, a qual chamamos de positivismo jurídico inclusivo, valores morais e princípios importam como possíveis padrões que um sistema jurídico pode aceitar para determinar a existência e conteúdo de leis válidas. (Traduziu-se).

a tese da não separação conceitual entre direito e moral.

Em concordância com o retro mencionado, Honoré (2002, traduziu-se) considera que a doutrina do direito positivo encerra em si a ideia de uma prisão, eis que não conseguiria justificar o conteúdo moral de suas proposições normativas contêm também conteúdo moral. Tal prisão da doutrina do direito positivo se dá, de acordo com Honoré, uma vez que o direito positivo pressuporia uma necessária conexão entre o direito e amoral visto que esta conexão seria o meio pelo qual juízes, por exemplo, interpretariam o direito de modo a moldá-lo.

Esta afirmação de que o direito positivo possui conteúdo moral representa uma afirmação importante para a tese do positivismo jurídico inclusivo o qual entende que o direito possui uma conexão necessária com a moral e que esta conexão perfaz um papel de atestado de moralidade do direito. Por outro lado, o positivismo jurídico inclusivo não reclama uma percepção do direito como uma conexão total com a moral, mas uma conexão ao menos parcial, visto que seria tal conexão necessária para evitar que o direito caísse num problema de injustiça.

Most of the issues raised by Professor Hart's essay can be restated in terms of the distinction between order and good order. Law may be said to represent order *simpliciter*. Good order is law that corresponds to the demands of justice, or morality, or men's notion of ought to be¹³. (Fuller, 1958, p. 644, grifo no original).

Com esta questão posta, Fuller avança no sentido de que a distinção que Hart propõe pode ser compreendida no sentido de que o direito representa uma ordem e que esta ordem pode ser boa ou não, justa ou injusta, moral ou imoral, a depender da correspondência ou não do direito com a justiça, em última instância, com a moral. Neste sentido, o direito é visto como uma

¹³ A maioria das questões levantadas pelo artigo do professor Hart podem ser reestabelecidas em termos da distinção entre ordem e boa ordem. O direito pode ser dito como representante da ordem de maneira simples. A boa ordem é o direito que corresponde à demanda de justiça, moralidade, ou à noção humana do que deve ser. (Traduziu-se).

ordem que para ser justo precisa ser moral. Isto fica claro quando Fuller faz a distinção entre ordem e boa ordem.

Fuller entende o que Hart pretende fazer em seu artigo em termos de distinção do direito conquanto ordem e boa ordem, esta última qualificada por uma questão moral de justiça. No entanto, Fuller (1958) entende que por ordem deve-se entender uma ordem funcional e não somente uma distinção entre ordem e boa ordem aos moldes de Hart. Isto significa dizer que uma ordem funcional deve ter pelo menos um padrão de “bom” para que seja uma ordem funcional. O direito tão somente por ser direito possuiria de qualquer forma uma moral implícita ainda que fosse entendido apenas como ordem. Isto fica claro quando Fuller explica que existe um duplo sentido na afirmação de que o direito não pode ser construído, por assim dizer, no próprio direito. Necessitaria o direito, então, de uma moral externa que explicasse a autoridade do direito, assim como uma moral interna que explicasse a aceitação do direito pelas pessoas sujeitas a esta ordem. O direito possuiria, assim, uma moral inerente à própria noção de direito a qual seria o padrão para aferir o padrão de boa ordem a qual mencionou-se anteriormente.

For the time being, however, let us suppose we can in fact clearly separate the concept of order from that of good order. Even in this unreal and abstract form the notion of order itself contains what may be called a moral element¹⁴. (Fuller, 1958, p. 644).

Fuller (1958), ao justificar seu posicionamento a favor de uma moralidade inerente ao direito, lança mão, então, do argumento de que se se supusesse a existência de um monarca absoluto o qual desse ordens aos seus súditos e sua palavra fosse o único direito conhecido, mas que ao invés de cumprir sua palavra que de tempos em tempos ordenava que se punisse a

¹⁴ Por enquanto, no entanto, deixe-se considerar que de fato podemos claramente separar o conceito de ordem do conceito de boa ordem. Mesmo nesta forma irreal e abstrata a noção de ordem em si mesma contém o que pode ser chamado de elemento moral. (Traduziu-se).

desobediência e recompensasse a lealdade na verdade movido por interesses egoístas e, agindo de modo dissoluto, nunca tentasse de fato cumprir sua palavra, punindo a lealdade e recompensando a desobediência. De acordo com o argumento apresentado, parece ficar claro a intenção de Fuller no sentido de dizer que o direito possuía uma tal coisa como que uma moralidade interna que o diferencia de apenas uma ordem, transformando-o em boa ordem.

Uma questão que se coloca é que apesar de Fuller entender que o direito precisa ser moral para que seja entendido não somente como uma ordem, mas uma ordem boa, diz respeito ao fato de como se há de auferir que dada ordem há de ser boa. Com isto não se quer invalidar o argumento levantado por Fuller, mas apenas fazer notar uma consideração acerca desta moralidade inerente ao direito. Por fim, em breve síntese do que foi até aqui exposto, tem-se que o positivismo jurídico inclusivo permite e aceita a moral como critério de aferição do direito justo.

5. A TESE DA CONEXÃO CONCEITUAL ENTRE DIREITO E MORAL NO POSITIVISMO JURÍDICO

Neste presente capítulo do artigo será feita síntese do que foi dito até o presente momento a fim de que possam ser expressas as considerações resultantes da ponderação das duas concepções anteriormente mencionadas em relação à tese da separação conceitual entre positivismo jurídico inclusivo e exclusivo, respectivamente.

Importa salientar que a tese da separação conceitual entre direito e moral não importa trazer à tona considerações do venha a ser o direito justo e o direito injusto, mas tão somente levantar considerações no que toca à necessária conexão entre direito e moral para fins de categorização do direito enquanto tal. Neste sentido, MacCormick (1981, p. 132) diz: “Law don’t exist by virtue of being just, and don’t stop existing by virtue of being

unjust¹⁵”. Isto significa que ainda que a justiça de uma norma seja uma virtude moral, o direito não deixa de ser direito por causa da justiça ou não que vier a conter.

Neste sentido, deve-se ponderar que a doutrina da separação conceitual entre direito e moral é uma doutrina de descrença no sentido em que representa uma descrença, pois que o positivismo jurídico é compreende também uma teoria do direito positivo aqui entendido como direito manifesto pela vontade humana em contraposição à teoria do direito natural o qual possuiria normas moralmente cogentes e independentes de qualquer ação humana, e.g., manifestação humana.

The prescribed first tenet of doctrine is an article of unbelief. The reason why this somewhat negative opinion is a requirement for ‘positivism’ is, of course, an etymological one. Positive law in the jargon of jurist’s trade means posited law, law established and sustained by human rulers in human communities. Posited law - *ius positivum* in Latin - thus stands distinct from natural law (*ius naturale*) understood as a body of morally binding norms independent of morally binding norms independent of any human establishment¹⁶. (MacCormick, 1981, p. 132).

O direito, portanto, inclui situações em que suas normas possuem conteúdo moral, mas não em virtude do fato de que o direito as precisa ter para que seja direito. Um exemplo pode ajudar a compreender melhor o argumento que se expõe. O direito sendo sistema normativo jurídico possui características gerais aplicáveis a todos os sistemas normativos ainda que em algum sistema normativo estas características venham a desvirtua-

¹⁵ O direito não existe em razão de ser justo, e não para de existir em razão de ser injusto. (Traduziu-se).

¹⁶ O primeiro princípio da doutrina é um artigo de descrença. A razão pela qual, isto é, de algum modo um requisito para o positivismo jurídico é de que a de alguma forma opinião negativa é um requisito para o ‘positivismo’ é, claro, uma razão etimológica. Direito positivo no jargão do comércio dos juristas significa direito positivado, direito estabelecido e sustentado por governantes humanos em comunidades humanas. Direito positivo - *ius positivum* em latim - portanto, reside distinto do direito natural (*ius naturale*) entendido como um corpo de normas moralmente cogentes independente de qualquer estabelecimento humano. (Traduziu-se).

lo do seu propósito original, quer seja o de ser um sistema normativo jurídico. O que se pretende afirmar, então, é que o direito pode vir a ter uma conexão com a moral no sentido de que suas normas representem um padrão de justiça, mas que este padrão não faz parte do critério validade das normas jurídicas, eis que a validade de uma norma diz respeito ao seu pertencimento ou não ao sistema normativo ao qual pretende pertencer.

Assim como não há direito natural sem falar em uma necessária conexão entre direito e moral, o direito positivo entendido aqui como teoria do direito positivo não pode existir sem a necessária tese da separação conceitual entre direito e moral. A alusão feita com o direito natural faz-se necessária na medida em que o direito natural é a teoria que confunde, i.e., faz uma junção da noção de justiça, a qual é um valor moral, e o direito, teorizando, então, sobre o direito justo como direito “naturalmente” moral. Esta breve explicação serve para ilustrar os apontamentos que serão feitos a partir de agora no sentido de considerações acerca do que se viu até agora neste presente trabalho.

Por conseguinte, menciona é bem verdade que o direito, e.g., sistema normativo jurídico, pode servir a propósitos virtuosos, bem como a propósitos vis. O que se diz é que o direito pode muito bem servir a propósitos que vão ao encontro da justiça enquanto virtude, mas, todavia, pode acabar indo de encontro a tais preceitos morais, dentre eles, a justiça, apenas para citar um exemplo. Ainda assim, ainda que o direito se encontre em posição de injustiça a tese da separação conceitual entre direito e moral apenas assevera que o direito continua sendo direito independente dos valores morais.

Por isto, não merece prosperar o argumento de Fuller, representante do positivismo jurídico inclusivo, ou, ainda, Waluchow, sendo que o primeiro entende que o direito para ser uma ordem justa precisa se alinhar com a moral. Com isto não se pretende discordar, mas apenas salienta-se, mais uma vez, que o direito permanece sendo direito ainda que o mesmo venha a

contrariar os valores morais de uma sociedade na qual vige o direito.

Defende-se então a posição da não conexão necessária entre direito e moral para fins de validade do direito, não rejeitando, porém, a tese do mínimo conteúdo moral, eis que o direito pode vir a ter um conteúdo moral desde que este conteúdo moral não seja decisivo para aferição do critério de validade do direito. Neste sentido é que se ressalta a tese das fontes sociais a qual preconiza que o direito é direito por questões sociais manifestadas por um ato de vontade do soberano aqui podendo ser entendido o corpo político social.

6. CONCLUSÃO

Ao longo deste presente trabalho foi proposta como abordagem teórica e recorte epistemológico a análise da tese da separação conceitual entre direito e moral a qual se propõe a ser uma tese que defende a cisão da necessária conexão entre direito e moral para fins de critério de validade do direito. Em outras palavras, referida tese propõe que o direito prescinde da moral para que lhe seja atribuído critério de validade normativa. Desta forma, tem-se que referida o valor moral justiça não compreende o critério validade do direito, o que significa dizer que a dicotomia justo e injusto não fazem parte do critério válido e inválido.

Nestes termos, o presente estudo conclui no sentido que a tese da separação conceitual entre direito e moral encontra respaldo dentro do aspecto do positivismo jurídico, devendo ser acolhida a teoria do positivismo jurídico exclusivo. Isto porque, conforme alhures mencionado no início do presente trabalho, expôs-se a presente tese, suas implicações e diferenciações em comparação com a teoria do direito natural ainda que apenas brevemente.

Outrossim, restou caracterizado que o positivismo jurídico inclusivo acolhe a tese da conexão necessária entre direito

e moral. Todavia, não é este o posicionamento que merece prosperar devido ao fato que mencionada tese em comento apenas diz respeito a como o direito é, não impossibilitando que o direito possa ser justo, mas apenas afirmando que ele não precisa ser justo para ser válido. Desta forma, o que se pôde concluir até o presente momento é que o direito obtém seu critério de validade aferido por questões alheias à noção de justiça em nada obstando que o mesmo sistema normativo seja tido como justo.

Ainda neste interim, considera-se que o projeto teórico pelo positivismo jurídico inclusivo, embora seja um projeto que mostre sua preocupação com a moral a qual entende que o direito deve ter, faz-se uma ressalva aqui que não se está rejeitando que o direito possa e, em certo sentido, até deva ser justo aqui entendido este dever no sentido de que se a missão do direito é ser um sistema normativo jurídico que regula a vida social então deve crê ser benéfico seu critério de justiça, mas tão apenas se evidencia que o direito não precisa da justiça para que seja direito válido.

Por fim, dentre as duas teses que foram objeto do presente estudo e que, portanto, foram confrontadas, respectivamente a tese do positivismo jurídico exclusivo e a tese do positivismo jurídico inclusivo, conclui-se o presente trabalho afirmando que pelos dados até então levantados é possível entender que o positivismo jurídico aceita a tese da separação conceitual entre direito e moral de modo que seja lícito entender que entender a separação entre direito e moral no que toca à sua necessidade de conexão para efeitos de validade, mas não para efeitos de que o direito possa vir a ter um eventual conteúdo moral. Deste modo, fica resguardado a tese do mínimo conteúdo moral e das fontes sociais.



REFERÊNCIAS

- Austin, J. (1998). *The Province of Jurisprudence Determined*. Hackett Publishing.
- Coleman, J. L. (1982). Negative and positive positivism. *The Journal of Legal Studies*, 11(1), 139-164.
- Coleman, J. L. (2007). Beyond the separability thesis: moral semantics and the methodology of jurisprudence. *Oxford Journal of Legal Studies*, 27(4), 581-608.
- Dyzenhaus, D. (2004). The Genealogy of Legal Positivism. *Oxford Journal of Legal Studies*, 24(1), 39-67.
- Fuller, L. L. (1958). Positivism and fidelity to law: A reply to Professor Hart. *Harvard law review*, 630-672.
- Gardner, J. (2001). Legal Positivism: 5 1/2 Myths. *Am. J. Juris.*, 46, 199.
- Green, L. (2008). Positivism and the Inseparability of Law and Morals. *NYUL Rev.*, 83, 1035.
- Hart, H. L. A. (1958). Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard law review*, 593-629.
- Hart, H. L. A. (1976). American jurisprudence through English eyes: The nightmare and the noble dream. *Ga. L. Rev.*, 11, 969.
- Honoré, T. (1993). The dependence of morality on law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 13(1), 1-17.
- Honoré, T. (2002). The necessary connection between law and morality. *Oxford Journal of Legal Studies*, 22(3), 489-495.
- Kelsen, H. (1962). Naturrechtslehre und Rechtspositivismus. *Politische Vierteljahresschrift*, 3(4), 316-327.
- Kelsen, H. (2017). *Reine Rechtslehre* (2nd ed.). Mohr Siebeck.
- Lagerspetz, E. (1989). Hart and the Separation Thesis. *ARSP: Archiv Für Rechts- Und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 75(2), 239-251.
- MacCormick, D. N. (1981). Law, Morality and

Positivism. *Legal Stud.*, 1, 131.

Marmor, A. (2006). Legal positivism: still descriptive and morally neutral. *Oxford Journal of Legal Studies*, 26(4), 683-704.

Parker, R. (1956). legal Positivism. *Notre Dame Law.*, 32, 31.

Starr, W. C. (1983). Law and morality in HLA Hart's legal philosophy. *Marq. L. Rev.*, 67, 673.

Waluchow, W. J. (1998). The many faces of legal positivism. *The University of Toronto Law Journal*, 48(3), 387-449.