

SOBRE AS CRÍTICAS À SEPARAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL

Um estudo a partir de Hart

Clóvis Falcão
Mestre em Direito
Universidade Federal de Pernambuco

RESUMO: *Apesar de considerada um grave equívoco, a separação entre direito e moral resistiu como um dos pilares mais importantes do juspositivismo do século XX. Há de se perguntar por que o desvelamento de um erro tão grave foi incapaz de enfraquecer essa doutrina. Uma defesa do juspositivismo, feita em 1953 por H.L.A. Hart, esclarece a separação entre direito e moral, e por que ele insiste nela. Percebe-se que seu fundamento é mais complexo do que um capricho lógico, e que para combatê-lo são exigidos argumentos mais sofisticados do que os repetidos à exaustão pelo senso comum jusfilosófico.*

PALAVRAS-CHAVE: *Direito. Filosofia. Pragmatismo. Holmes. Hart.*

ABSTRACT: *Although considered by some contemporary theorists a huge mistake, the separation between law and morals stood as a fundamental principle of legal positivism in the twentieth century. It's puzzling that, even accused of this big mistake, this doctrine is now as strong as before. An essay written by H.L.A. Hart in 1953 comes in defense of the separation between law and morals and, by consequence, in defense of legal positivism. In his argumentation, it becomes clear that the situation is more complex than a mere theoretical manoeuvre; the clear definition of law has practical and political purposes far beyond the academic discussion between positivists and antipositivists.*

KEYWORDS: *Law. Philosophy. Pragmatism. Holmes. Hart.*

INTRODUÇÃO

Algumas questões em teoria do direito parecem desgastadas, mas com um olhar cuidadoso se revelam importantes em debates mais recentes. A história da filosofia do direito é cíclica, e a insistência sobre alguns temas não leva necessariamente ao desgaste: há temas que a cada recorrência ganham novo fôlego. Um deles é o conceito de direito. Mesmo conduzindo com frequência a disputas meramente verbais, saber em que consiste o direito constitui uma tarefa relevante não apenas para o cientista que vive à procura de objeto e método próprios para sua teoria, mas até mesmo para o técnico jurídico que empresta ao conceito uma natureza meramente operacional. Um operador precisa conhecer o âmbito de aplicação de suas ferramentas.

Não por coincidência, uma das obras mais importantes da literatura jurídica desde a metade do século passado leva o nome de *O conceito de direito*, escrita por H. L. A. Hart e publicada pela primeira vez em 1961. Ele, como Hans Kelsen e outros juristas que defendiam a separação entre o direito e as outras normas sociais, foram enquadrados pelos críticos na categoria de positivistas. O positivista está errado - dizem esses críticos - porque o direito é tão enraizado na natureza humana que é impossível separá-lo dos aspectos morais, econômicos, políticos etc. A tentativa de isolar o direito estaria fadada ao fracasso, já que se fundamenta em pressupostos metafísicos que não mais teriam lugar com o avanço das concepções filosóficas e a sociedade complexa contemporânea.

Esses e outros argumentos contra o juspositivismo são bem conhecidos na filosofia do direito, especialmente depois da influência da virada linguística e do reconhecimento da Pós-Modernidade como tema jusfilosófico. Dworkin (2003, p. 2007), um dos autores jurídicos mais lidos nas últimas décadas, fez longas considerações críticas sobre o trabalho de Hart em suas

primeiras obras de repercussão. Um dos principais problemas que ele constatou foi a exclusão dos valores morais do conceito de direito: Hart vincula demais o jurista à vontade do Estado, e Dworkin o vê como um agente democrático cuja função é confirmar em âmbito judicial os valores sociais.

Como Dworkin, não procuramos uma análise filosófica profunda da expressão *conceito de direito*, pois isso levaria a discussão longe demais. Neste texto, apenas analiso a tentativa de delimitar a realidade jurídica, diferenciando-a da moral e criando uma técnica própria de interpretação e aplicação das normas de direito. Tal tentativa caracteriza boa parte das correntes juspositivistas do último século, e boa parte das críticas dirigidas a elas sustenta a tese de que não é possível separar direito e moral, tampouco identificar uma técnica diferenciada de interpretação e aplicação da norma jurídica.

Entendemos que, ainda que tenha sido amplamente discutida pela literatura especializada a viabilidade da separação entre direito e moral, ainda há espaço para discussão. A importância histórica e a rica natureza cíclica dos temas de filosofia do direito já são boas razões. Há outras duas, mais específicas, que gostaria de destacar.

A primeira é apresentar, como contraponto ao positivismo, uma filosofia do direito inspirada no pragmatismo de Oliver Holmes. Bem conhecido como um autor do realismo jurídico, é interessante apresentá-lo dotado de um temperamento mais consequente. Se em alguns momentos ele parece dar total importância ao momento da decisão judicial e aos juízes, em outros ele teme bastante a decisão judicial precoce. Para ele, casos difíceis¹ criam direito ruim, pois uma decisão precisa de tempo para amadurecer até que possa ser generalizada para casos semelhantes. Tal opinião leva a crer que ele não defende a ideia, tão cara ao realismo radical, de que direito é aquilo que os juízes declaram. O conceito de direito de Holmes é mais complexo que isso, e leva em consideração aspectos antropológicos e históricos. Classificá-lo como realista jurídico não é tão simples.

A segunda razão é que certos críticos ainda hoje comentam muito superficialmente as falhas do juspositivismo, acusando-o de desconsiderar problemas básicos como a necessidade de adaptar as normas à dinâmica social e a impossibilidade de uma interpretação unívoca do texto da norma.² Concordo em que há problemas com a doutrina juspositivista, mas entre eles não se encontra o desconhecimento de dificuldades tão elementares. Críticas apressadas - como as que acusam o positivismo de pregar a interpretação unívoca da norma jurídica - prejudicam o debate, pois tiram atenção de pontos mais relevantes e comprometem os resultados.

O presente texto se divide em duas partes centrais, referentes às duas razões mais específicas descritas nos parágrafos precedentes.

A primeira parte, a apresentação de Holmes como um pragmatista³, é feita pelo professor Kellogg. (2006, 2010). O pragmatismo, segundo ele, acusa o positivista de três erros básicos. O primeiro, de adotar uma postura historicamente condicionada a ver o direito como imposição da autoridade, ignorando que o conflito social em todos os níveis é a fonte material das normas. O segundo erro, derivado do primeiro, é a separação entre direito e moral, ou a ideia de que o direito pode ser separado das outras normas sociais que o influenciam. O terceiro atua no âmbito da interpretação jurídica: o modelo positivista separa em dois campos distintos os casos fáceis e os casos difíceis, num dualismo em que considera, nos casos fáceis, a total

¹Optamos por traduzir as expressões *hard cases* e *easy cases*.

² Referimos principalmente aos autores que buscam uma racionalidade pós-moderna para o direito, como a da ponderação de princípios. A distinção entre princípios e regras é, além de superficial, imprecisa quanto ao momento de se usar a ponderação. Sobre a insuficiência do método, García Amado (2006).

³ Dada sua especificidade, utilizaremos o termo *pragmatista* para nos referirmos ao pragmatismo norte-americano, em vez de *pragmático*, que terá significado mais próximo da filosofia da linguagem ordinária e do senso comum.

vinculação do intérprete ao texto da lei e, nos casos difíceis, a total liberdade do intérprete para criar direito novo.

A segunda parte é dedicada à análise da posição positivista de Hart. Nota interessante é que a defesa positivista foi escrita por ele cinco décadas antes da crítica pragmatista. Embora ele não tenha conhecido as críticas de Kellogg, os argumentos levantados pelo pragmatismo se assemelham aos que Hart já vinha enfrentando no debate com Lon Fuller. Além de possuir sua própria importância ao trabalhar o pensamento de Holmes, a apresentação pragmatista da primeira parte funciona como uma exposição de algumas das principais críticas enfrentadas por Hart no debate com Fuller em meados do século XX, ao mesmo tempo serve como exemplo de um texto contemporâneo que se preocupa com o tema.

Ao que tudo indica, Hart já era consciente de muitas das críticas ainda hoje levantadas contra o juspositivismo, e sua teoria já as havia absorvido sem precisar negar a separação entre direito e moral ou outros pressupostos fundamentais. Creio que a posição de Hart foi exposta com uma coerência que enfraquece muitas acusações contra o juspositivismo. Se o positivismo jurídico se renovou a ponto de suportar as críticas que recebeu, o debate só continuará produtivo se as críticas forem também renovadas.

1 A CRÍTICA AO POSITIVISMO JURÍDICO A PARTIR DO PRAGMATISMO

O pragmatismo é uma corrente filosófica originada nos Estados Unidos do século XIX a partir de um grupo heterogêneo de pensadores intitulado Clube Metafísico de Boston. Apesar do nome, a linha de pensamento que unia o grupo era antimetafísica: inspirados pelo empirismo anglo-saxão, desenvolveram para além das ciências empíricas a ideia de falibilismo a partir da crença e da dúvida. A dúvida é o elemento inicial de uma investigação científica, que desperta o interesse do pesquisador, uma vez que permanecer nela é incômodo. A investigação leva à formulação de hipóteses que, se confirmadas, geram crença no investigador. A crença é um estado de espírito pacífico, mas não permanente, pois a capacidade de observação e análise é sempre limitada; novas observações ou interpretações podem transformar a recém adquirida crença em uma nova dúvida que pede novas investigações para que se encontre uma nova crença, que por sua vez também não poderá ser considerada definitiva.

O método de tentativa e erro e a introdução de elementos psicológicos na investigação científica não são exatamente novos, pois ideias semelhantes podem ser encontradas nas correntes empiristas ou falibilistas. (HUME, 2004; POPPER, 1998). Inovadoras no pragmatismo não são as consequências epistemológicas de tais discussões, mas sim o espírito em grande medida despreocupado com prestar contas à tradição filosófica europeia. O que ele propõe nada mais é do que uma nova forma de cuidar de antigos problemas.

Outra característica importante do pragmatismo, ligado à heterogeneidade do grupo de pensadores que o compunha, é a diversidade de problemas com os quais se ocupa. Teologia, psicologia, pedagogia, direito, entre outros, constituem objetos de estudo pragmatista. No direito, destaca-se inicialmente Oliver Holmes Jr., jurista e membro da Suprema Corte norte-americana no início do século XX. Considerado um realista jurídico, principalmente pelas ideias expressas no seu texto *O caminho do direito* (HOLMES, 2002) incorpora elementos adicionais da filosofia pragmatista que o afastam do estereótipo de realista radical. Suas preocupações com a ordem de uma maneira geral e, principalmente, sua visão do juiz dos casos difíceis como um investigador ponderado, fazem-no merecer uma análise mais cuidadosa. Ao lado do realista que disse que tudo que interessa ao advogado é prever como os juízes irão decidir, há um analista social que se preocupa com o abuso de poder nos processos judiciais, além de um historiador que via no direito um bom caminho para compreender a evolução cultural dos povos. (KELLOGG, 2006).

É controverso indicar a filiação filosófica de Holmes, até porque ele nunca se preocupou em declarar abertamente suas influências. Sigo aqui a interpretação feita por Frederick Kellogg num texto, intitulado *Hobbes, Holmes and Dewey: Pragmatism and the problem of order* (KELLOGG, 2010), que o reconhece como pragmatista, não só por dados de sua biografia como também por características de sua teoria.

Kellogg opõe duas concepções de direito: uma analítica ou positivista, que vê o direito como algo de fora, que age sobre a sociedade sem ser afetado por ela. Ele chama essa primeira visão de exógena. A segunda, à qual se filia Holmes, é a endógena: dinâmica, não só permite como considera fundamental que seja ignorada a distinção entre regras jurídicas e as outras normas vigentes na sociedade. Nas palavras do autor:

In this paper I will pursue the vision of a distinctly dynamic and transitional concept of order implicit in classical pragmatism, rather than an analytical vision grounded in a fixed cognitive image. Central to this theme is the very different response to human conflict of Oliver Wendell Holmes, Jr., from that of Thomas Hobbes. (KELLOGG, 2010, p. 3).

Expressão maior da visão analítica do direito é Thomas Hobbes, e é em oposição às ideias desse autor que serão traçadas as linhas principais de uma teoria da interpretação pragmatista. Hobbes (2004), no século XVII, se preocupava com a ordem, como Holmes se preocupou, no fim do século XIX e início do século XX. Cada um, no entanto, lida com o problema de uma maneira:

It does this by exploring, as an aspect of pragmatism, the problem of order as one of addressing and reconciling perennial conflict, which both Hobbes and Holmes made central in all its forms: military, political, moral, and intellectual. The difference between them is that Hobbes resolved the problem through authority, while Holmes does so through inquiry and adjustment. (KELLOGG, 2010, p. 5).

Investigação e ajustamento é a atitude de Holmes, e não a submissão a uma vontade soberana. Para ele, o juiz que tem o ônus de se deparar com os casos difíceis pela primeira vez deve trabalhar como um investigador. O seu papel não é obedecer pura e simplesmente os cânones de interpretação já estabelecidos, nem seguir uma opinião considerada oficial. Seguir a tradição também não é seu papel, uma vez que as tradições estão em contínua transformação e apresentam contradições internas. O difícil trabalho do juiz pragmatista é ajustar os antagonismos e aprender com a experiência, pois assim decidirá com mais convicção e acerto casos futuros semelhantes. As soluções jurídicas são sempre falíveis, já que a realidade social é complexa demais para permitir soluções preconcebidas ou definitivas. A atividade do juiz pragmatista é experimental.

A visão do pragmatismo, cujo principal pressuposto é a profunda conexão entre direito e moral, apresenta-se a partir de três abordagens: histórica, ontológica e prática.

A abordagem histórica consiste na substituição do modelo exógeno pelo modelo endógeno de interpretação do direito. Esse modelo defende que o sistema de normas jurídicas está no mesmo nível da sociedade que o regula, logo, o sistema influencia a sociedade na mesma proporção em que é influenciado por ela. O conflito e a dúvida formam o ponto de partida da filosofia de Holmes. Essa dúvida não é a de um cientista natural distante de seu objeto, mas de um investigador social, o juiz, que tem a responsabilidade de manter a sociedade em ordem usando sua prudência. Uma frase famosa do autor, e que revela muito de seu pensamento, é “a vida do direito não é a lógica, mas a experiência”. O instinto é um importante aliado do jurista. Ele era simpático à ideia de que o caso fosse decidido primeiro, para só depois se descobrir o motivo da decisão. Isso é um pensamento arriscado, mas é um risco controlado, pois o julgador

só pode agir de acordo com suas convicções, e estas estão sintonizadas com os valores da sociedade à qual pertence. O que faz Holmes confiar no instinto do julgador é sua profunda crença de que o direito é uma arte da descoberta, que não acontece senão através da prudência daquele que julga.

Enquanto a abordagem histórica trata de uma visão geral de sociedade e da ordem política, a ontológica critica que se separem categoricamente direito e moral.⁴ Ela vai de encontro à visão de que o direito possui uma realidade independente. O jurista não pode negar, de antemão, a influência de elementos que estejam fora de determinadas delimitações epistemológicas. Tudo que é humano interessa ao direito, e as influências devem estar presentes com toda força na hora de decidir um caso difícil. A criação de categorias isoladas dificulta a integração entre os elementos teóricos à disposição, o que diminui as possibilidades. Por diminuir as opções de argumentação, um conceito de direito excludente é rejeitado por uma visão pluralista como a pragmática.

A abordagem prática, por sua vez, critica a indeterminação nos casos difíceis. Como consequência de se separar claramente o direito das outras normas sociais, estabelece-se um dualismo cuja única atitude diante de um caso que não é claramente regulado pelas normas estabelecidas é a indiferença – coisa que o pragmatismo combate. Segundo o positivismo, além do campo determinado pelo direito não há lei, logo, não é possível censurar decisão alguma nos casos difíceis. O modelo exógeno não conhece possibilidades fora de seu sistema de regras. A visão pragmatista, que adota o modelo endógeno, vê continuidade entre casos fáceis e casos difíceis; se houver diferença entre eles, é uma diferença de grau, não de tipo. A interpretação do direito não adquire outra natureza na passagem dos casos fáceis para os casos difíceis.

Como sugere a terceira abordagem crítica ao citar casos fáceis e difíceis, o juspositivismo criticado é o de Hart. Para este, a interpretação da lei nos casos fáceis não permitiria a participação criativa do intérprete. O papel do intérprete é mínimo: consiste em identificar o caso concreto e verificar se tal caso se enquadra ou não na hipótese normativa. Uma vez que se enquadre, deve haver a consequência prevista na lei, sem maiores problemas. Nos casos difíceis, no entanto, o intérprete participa criativamente porque é obrigado a buscar nas fontes extralegais a solução para o caso dado. São casos em que a interpretação não é clara e o caso entra numa zona de penumbra. Quando isso acontece, a solução só vem à luz quando se cria direito novo. O direito é pensado como um campo fechado dentro do qual não há interpretação criativa, logo, em casos excepcionais é preciso recorrer a algo fora do direito para que seja dada solução: só assim o juiz pode criar direito e utilizar o poder legislativo que o Estado lhe concede. Mas essa criação do direito, apesar de provocada pelo sistema, não é regida pelas regras do sistema; o direito novo é um elemento estranho com o qual o sistema jurídico é forçado a conviver.

Para a versão pragmatista da interpretação, os casos difíceis podem criar direito novo, mas o julgamento deles não é livre como a atividade de um legislador. No modelo endógeno, o intérprete é responsável por sua decisão perante a sociedade. A investigação constante ajustará as decisões até que se tenha um entendimento passível de generalização. Os casos difíceis não são uma quebra com o direito constituído, mas um desafio para que as concepções jurídicas sejam levadas ao limite e se renovem para abranger as novas situações.⁵ Outro ponto importante

⁴É possível acreditar numa sociedade dinâmica, mais próxima ao modelo endógeno de ordem e política, e mesmo assim defender a independência do campo jurídico em relação ao ambiente que o cerca; é possível que se permita pouca abertura cognitiva ao sistema jurídico, mesmo o reconhecendo inserido em uma realidade social complexa. (NEVES 2008).

⁵ Embora pareça com o modelo do romance em cadeia de Ronald Dworkin, há a importante diferença de que princípios morais não resolvem casos difíceis na visão pragmatista. Os princípios, tão caros à teoria de Dworkin, bloqueiam o caminho da interpretação na medida em que são tomados como valores em si mesmos. O modelo de

é que não é possível generalizar as descrições dos casos difíceis; há graus e fontes diferentes de dificuldade. Cada caso merece ser analisado com calma, individualmente, e não adianta elaborar um método geral de solução de casos difíceis. É impossível domesticar a dúvida.

Em suma, a interpretação pragmatista do direito declara:

a) Modelo endógeno, contraposto ao modelo exógeno de interpretação jurídica: o direito está na sociedade, e não pode ignorar nada que seja humano;

b) Não é possível traçar um limite entre o direito e a moral, ou qualquer outro conjunto de normas socialmente relevantes, portanto, não há um método de interpretação próprio do direito e estranho às demais esferas normativas;

c) O limite entre o direito e a moral, construção do positivismo analítico, perde força quando a interpretação que propõe para o direito bloqueia o caminho da investigação ou propõe soluções genéricas para os problemas de criação judicial do direito. Não faz sentido haver dois tipos de interpretação, sendo uma para os casos fáceis e outra para os casos difíceis.

Essas críticas ao positivismo de Hart e das ideias decorrentes da discussão que ele levantou foram debatidas sob vários ângulos por autores de diferentes tendências. A sociologia jurídica pressupõe um modelo endógeno em vários momentos, como quando reconhece a existência de fontes não-oficiais de poder jurídico. (NEVES 2008). O limite entre o direito e a moral remete à discussão que travaram o próprio Hart e Lon Fuller, em meados do século XX. (FULLER, 1958). O terceiro ponto, sobre liberdade de decisão nos casos difíceis, é objeto de estudo de Dworkin (2003), com o juiz Hércules e a tese da única resposta correta. O que Kellogg fez foi, a partir da discussão sobre separar direito e moral, apresentar uma série de recorrentes críticas ao juspositivismo.

Já temos o bastante sobre as críticas ao modelo positivista analítico a partir do pragmatismo. Hart possui um artigo, publicado pela primeira vez em 1958, que mostra a importância de insistir numa separação entre direito e moral. Se antes mesmo da primeira publicação de *O conceito de direito* ele já era consciente dos problemas apontados pelos seus críticos e, além disso, tiver conseguido elaborar uma defesa coerente, talvez o abandono do paradigma positivista não seja necessário ou mesmo conveniente. É o que será analisado na sequência.

1 A DEFESA ELABORADA POR HART

No artigo *Positivism and the separation of law and morals* (1983a)⁶, Hart defende sua filosofia do direito de um conjunto de acusações feitas na metade do século XX. Logo no início do artigo, Hart deixa claro o ponto principal da discussão:

Contemporary voices tell us we must recognize something obscured by the legal "positivists" whose day is now over: that there is a "point of intersection between law and morals," or that what is and what ought to be are somehow indissolubly fused or inseparable, though the positivists denied it. (HART, 1983a, p. 49-50).

O ponto central da batalha intelectual, como o próprio autor denomina, é a separação entre direito e moral. Esse pecado grave teria duas consequências importantes, ainda de acordo com os críticos do modelo analítico-positivista. A primeira delas seria impedir os homens de compreenderem corretamente a natureza do direito e suas raízes na vida social. O segundo,

dworkiniano, para Kellogg, traz os valores morais para dentro dos limites jurídicos, insistindo em que existe um limite entre o mundo do direito e o exterior. Resquícios da ideia positivista como a solução imediata do caso a partir do recurso a um método de interpretação continuam presentes.

⁶ A primeira publicação, na Harvard Law Review, aconteceu em 1958.

provocar um espírito acríptico no filósofo do direito: uma vez que o positivismo prega um apego aos aspectos lógicos do raciocínio jurídico, este se torna mecânico e incapaz de negar os pressupostos das decisões. Sob a influência do positivismo, o teórico do direito seria inerte, pois perderia sua capacidade crítica; o jurista prático adepto do positivismo seria uma máquina aplicadora de normas.

Curioso o fato de que Hart mostra grande admiração intelectual por outro grande jurista da tradição anglo-saxã: Holmes. Mesmo que seja mencionado por cavalheirismo, é revelador que um só autor fundamente ao mesmo tempo a crítica e a defesa de uma linha de pensamento. Isso mostra a independência intelectual de Holmes, mas também pode indicar que entre positivistas e antipositivistas a diferença não é tão séria. A defesa de Hart lança luzes importantes sobre a polêmica.

A defesa propriamente dita começa depois do elogio a Holmes, quando é trazido à discussão o utilitarismo a partir de dois autores clássicos: Jeremy Bentham e John Austin. O autor lembra que, ao contrário do que dizem os acusadores, a separação entre direito e moral pregada por eles não leva nem à má compreensão da mecânica social, muito menos à inércia política, uma vez que ambos foram defensores de valores iluministas como a liberdade de expressão, isonomia, participação etc. A história prova que o utilitarismo não é uma doutrina conservadora, o que Bentham corrobora ao afirmar que a boa receita para a vida seria obedecer rigorosamente para censurar livremente. É até mesmo possível, para o mesmo autor, resistir a uma lei, se ela for frontalmente contrária à consciência de justiça e liberdade. Não obstante, uma lei injusta ainda assim seria lei, o que traz o dever de respeitá-la independentemente da injustiça que contém.

Posto assim, o pensamento utilitarista é contraditório. Ao mesmo tempo em que exige obediência à lei do Estado e diz que o direito não se confunde com valores morais, fala em um direito de resistência quando uma ordem for insuportavelmente contrária a valores considerados importantes. Mesmo que não se detenha muito em examinar a natureza e a medida da desobediência, falar em resistir à autoridade em nome da liberdade é equivalente a dizer que o direito se subordina à moral. Para completar, tanto Austin como Bentham aceitam que valores morais historicamente influenciam a formação do direito, e que muitas vezes é difícil traçar uma linha clara que separe as duas coisas. Como combinar tantas afirmações aparentemente incompatíveis? Para Hart, tudo faz sentido quando se compreendem os fins.

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, 1983a, p. 55).

Os objetivos, assim postos, são simples de compreender. Não é por ser imoral que uma norma não é direito. Não é por ser moral que uma norma deve ser direito. As posições de obediência e resistência, de seguir a lei e criticá-la, de separar direito e moral, mas compreender a influência recíproca, todas aparentemente contraditórias, são conciliáveis se tivermos em mente que uma lei imoral também é lei, e deve ser respeitada enquanto tal. É delicado saber até que ponto se deve obedecer uma lei injusta, e as contradições dos utilitaristas refletem a dificuldade da questão. Mesmo assim, o utilitarismo distingue direito e moral, enfatizando que a injustiça de uma lei não é razão suficiente para desobedecê-la.

São dois os motivos para insistir na distinção entre direito e moral. O primeiro, evitar a posição reacionária de que a lei do Estado é sempre boa porque é do Estado. O segundo, evitar a crítica desenfreada, para a qual qualquer lei que se desvie da versão idealizada não seja digna

de respeito. Nem a posição reacionária nem seu oposto são convenientes, pois ambas bloqueiam o diálogo. Para essa vertente política do utilitarismo, a crítica ampla é a única coisa capaz de manter o equilíbrio entre ordem e desordem. A separação entre direito e moral, portanto, não vem da intenção positivista de que todos sejam obedientes à vontade do rei, mas justamente do contrário: só conhecendo melhor a lei (i.e., distinguindo-a da moral) é possível criticá-la eficientemente.

Definir o direito a partir da lei estatal não leva necessariamente ao essencialismo. Um traço importante do positivismo de Austin é a atenção dada à definição das categorias trabalhadas, e isso o leva muitas vezes a se apegar demasiadamente à tarefa de definir. Talvez por isso tenham surgido acusações de que o pensamento positivista prega uma interpretação mecânica da norma jurídica, num apego excessivo à lógica. Nesse ponto os críticos têm sua dose de razão, mas há o outro lado da moeda. O trabalho de lapidação intelectual, que muitas vezes se mostra entediante e detalhista, não necessariamente conduz ao apego às categorias formuladas. Um planejamento bem feito, em qualquer área, é economia de tempo, e não gasto. Trabalhar com cuidado o aspecto lógico não significa que o trabalho se resume a isso (embora os exageros conceituais sejam mais frequentes que o desejado).

As decisões mecânicas, aqui entendidas como aquelas que dependem apenas da linguagem e de uma operação lógico-dedutiva para serem formuladas, são um dos principais alvos da crítica ao juspositivismo. Para Hart, entretanto, se criticam as decisões mecânicas não por serem repetitivas ou desprovidas de trabalho intelectual, mas por serem conservadoras. Os críticos do positivismo não atacam uma decisão do tipo mecânico quando os resultados são progressistas, ou quando a justiça no caso concreto é garantida, mesmo quando esses casos são classificados como casos difíceis – onde, presumidamente, esse tipo de decisão é menos apropriado.⁷ No caso concreto, não há nenhuma garantia de que uma decisão mecânica seja menos apropriada, como não há garantia de que uma decisão baseada em valores morais seja mais apropriada. Se o objetivo é melhorar a forma como se compreende e se aplica o direito, o conceito de interpretação mecânica é irrelevante: há boas e más decisões nas duas formas de interpretar uma norma.

A análise feita por Hart (1983a, p. 67) da importância da lógica na decisão jurídica é esclarecedora:

But just how in being a formalist does a judge make an excessive use of logic? It is clear that the essence of his error is to give some general term an interpretation which is blind to social values and consequences (or which is in some other way stupid or perhaps merely disliked by critics). But logic does not prescribe interpretation of terms; it dictates neither the stupid nor intelligent interpretation of any expression. Logic only tells you hypothetically that if you give a certain term a certain interpretation then a certain conclusion follows. Logic is silent on how to classify particulars-and this is the heart of a judicial decision.

Ponto crucial da decisão jurídica é escolher as premissas, e isso lógica alguma determina. O que a lógica diz é que a partir de determinadas premissas é possível um número limitado de conclusões, mas isso é muito pouco no contexto complexo da decisão judicial. No trecho que segue a citação acima, é claro para Hart que a escolha das premissas condiciona o resultado da decisão, e que a escolha é muitas vezes arbitrária. Pode-se até criticar uma decisão pela fraqueza, imoralidade ou ilegalidade de suas premissas, mas se a conclusão segue delas, a

⁷Uma decisão mecânica no caso difícil assumiria, por exemplo, a fórmula da regra geral exclusiva: tudo que não está proibido está permitido.

exigência lógica estará satisfeita. Dos limites da lógica e da linguagem o positivismo de Hart é planamente consciente.

Tão consciente dos limites da lógica que falava da textura aberta da linguagem, um dos elementos mais conhecidos de sua obra: as limitações naturais da linguagem impedem que o texto da lei seja fonte exclusiva e imediata de juridicidade. Dworkin (2007) observa que, quando falha a linguagem da lei, é preciso que princípios morais entrem no campo do direito (possibilidade que seria rejeitada por Hart). Esta seria a única forma de impedir que o juiz fizesse o que bem entendesse quando o texto da lei não fosse claro. Ainda segundo Dworkin, o modelo dedutivo de Hart teria que se abrir a outras possibilidades, ou seja, o conceito de direito deveria incorporar valores morais, mesmo restringindo-os aos casos difíceis. A ordem precisaria incorporar uma racionalidade para além do esquema dedutivo, e isso incluiria valores morais. Enquanto Hart levanta a possibilidade de que valores fora do direito venham completá-lo, Dworkin afirma que esses valores são imanescentes à juridicidade, dada a natureza moral do sistema jurídico.

Hart considera que discutir se os valores morais vinculam o julgador nos casos difíceis - ponto importante para Dworkin - é irrelevante para a distinção entre direito e moral. É mero jogo de palavras discutir se o juiz cria ou apenas descobre o direito quando a lei é insuficiente, pois o sentimento do julgador não altera a natureza da decisão. O juiz se sentir ou não vinculado a valores não altera a estrutura de seu julgamento. Para Hart, portanto, a vinculação a valores é um dado meramente psicológico, que não merece ser considerado ao se tomar o direito como objeto de estudo.

O autor chega a admitir que valores são importantes para resolver os casos nos quais a lei for omissa ou obscura, mas nem sempre esses serão valores morais; podem ser, por exemplo, valores científicos ou de conveniência política. Uma decisão jurídica correta ou incorreta é julgada por seus próprios méritos, e não depende da aprovação por algum código de conduta externo particular. Além disso, valores morais variam muito; o que é imoral para uma pessoa pode ser moral para outra. Se há um valor que deve ser seguido pelo jurista, este é a utilidade, que é tão abrangente que se mantém a uma distância segura do jusnaturalismo.⁸Essa distância é algo que a teoria de Dworkin, simpática aos direitos fundamentais, não consegue garantir.

Hart encerra seu artigo insistindo em que há vários graus de casos difíceis, e que os resolver discutindo se o direito é descoberto ou produzido não é o melhor caminho. Cada caso difícil tem sua particularidade, e é por isso que *proposições genéricas não decidem casos concretos*, conforme declarou o próprio Holmes e a quem Hart cita mais uma vez como defensor do juspositivismo. O último trecho do seu artigo declara que sua forma de positivismo convida à ação e à responsabilidade, mas não ao comportamento mecânico do jurista. Em suas palavras:

To use in the description of the interpretation of laws the suggested terminology of a fusion or inability to separate what is law and ought to be will serve (like earlier stories that judges only find, never make, law) only to conceal the facts, that here is anywhere we live among uncertainties between which we have to choose, and that the existing law imposes only limits on our choice and not the choice itself. (HART, 1983a, p. 87).

⁸Note-se que o princípio da utilidade, guardadas as devidas diferenças, tem o mesmo efeito mediador do princípio pragmatista: dá grande importância à soma das consequências práticas de uma ação. Embora os autores pragmatistas neguem, há muitos traços comuns ao utilitarismo e ao pragmatismo. Distinguir entre eles é, na maioria das vezes, irrelevante.

Hart não poderia se preocupar com uma réplica direta aos argumentos contra o positivismo jurídico lançados pelo pragmatismo de Kellogg, mas não é difícil organizar sua resposta em torno deles. Abaixo, uma tentativa.

Do ponto de vista histórico, Hart é claro ao afirmar sua adesão ao ponto de vista de Austin, embora não faça menção à teoria de Hobbes. A associação com o último daria uma conotação absolutista à sua teoria do direito, enquanto o utilitarismo é uma bandeira de liberdade. Além disso, a figura de um soberano absoluto não é compatível com a filosofia de Hart, que rejeita até mesmo a lei como comando (i.e., a tese de Austin), para favorecer em vez disso um hábito de obediência fundamentado em princípios formais (regras secundárias, regra de reconhecimento). A história a que Hart se vê ligado não é autoritária, mas libertária.

Sobre o segundo ponto de vista, ontológico, o autor defende que é necessário saber onde começa o direito, e que isso não impede de conhecer as influências que o sistema jurídico recebe das outras ordens normativas. Poderíamos dizer que Hart assume que há uma linha que separa o direito das outras normas sociais, mas cujo resultado é autonomia, e não isolamento do ordenamento jurídico. O fundamento disso não é metafísico ou lógico, mas prático: não se pode dizer que uma lei jurídica é inválida por contrariar uma noção de justiça, como não se pode dizer que uma lei moral deve se tornar jurídica por considerá-la justa. Os argumentos do autor em defesa do positivismo em muitos pontos se afastam da perspectiva puramente lógica, e para isso contribuíram as então recentes tendências da filosofia da linguagem. (STRUCHINER, 2002).

Quanto ao terceiro ponto de vista, prático, o autor encontraria mais dificuldades em defender seu posicionamento. Isso porque ele não se concentra na explicação de sua proposta, mas na invalidação das propostas contrárias, pelo menos das que alegam ser possível uma racionalidade dos juízos morais. Ele recusa de antemão que a discussão moral possa chegar a um consenso público - como também o fez Hobbes (2004). A importância de uma discussão para além da letra da lei é reconhecida, mas ele não chega a teorizar sobre esse campo para além da lei positiva. Esse talvez seja o ponto mais delicado de sua defesa, pois enfraquece de certa forma o argumento da separação entre direito e moral. Se é necessário manter moral e direito separados, é bom que o intérprete saiba o que é moral e o que é direito; em muitos casos é impossível discernir, como o próprio Hart reconhece. A favor do autor, pode-se dizer que ele remete à prática cotidiana dos juristas, evitando entrar em discussões metafísicas. Como jurista, o indivíduo saberá quando está diante de um argumento tipicamente jurídico, e as exceções serão resolvidas caso a caso. Se fosse além da pouco pretensiosa definição pragmática, Hart correria o sério risco de alimentar discussões meramente verbais. Mas é preciso reconhecer que uma remissão direta ao uso não é a melhor forma de definir algo.

CONCLUSÃO

Sumarizando a teoria pragmatista do direito esboçada por Kellogg a partir de Holmes, é justo dizer que ela contém três elementos: o modelo endógeno (aspecto histórico), a inexistência de limite entre direito e moral (aspecto ontológico) e um método de interpretação jurídica que pressupõe continuidade entre os métodos de resolução dos casos fáceis e dos casos difíceis (aspecto prático). Esses elementos, mutuamente dependentes, aparecem como reação a uma posição chamada de legal-positivista, ou positivista analítica, que vem desde Hobbes e chega a Hart. No entanto, a oposição pragmatista se enfraquece se considerarmos a resposta hartiana aos três aspectos acima. Vejamos.

a) O modelo exógeno não caracteriza bem o positivismo de Hart. Para o modelo utilitarista ao qual ele se filia, não há isolamento entre direito e moral (ou qualquer outra regra social). O que ele defende é autonomia operacional, mas não isolamento;

b) A linha que separa o direito e a moral não precisa definir o direito, purificando-o de outras ordens normativas. A sua definição é pragmática: os juristas sabem o que fazem, e sabem que é diferente de uma prática religiosa, por exemplo. A regra de reconhecimento não é um filtro conceitual *a priori*, mas costumeiro;

c) Seguindo a mesma linha de raciocínio do item anterior, o costume revelará quando há um caso fácil ou difícil. Além disso, há diferentes soluções para as diferentes espécies de casos difíceis. A complexidade da interpretação é bem mais do que o dualismo entre a radical vinculação nos casos fáceis e a liberdade total nos casos difíceis.

A proposta de Hart não é ingênua, conhece os limites da lógica e da linguagem e trabalha a partir deles. No entanto, a inexistência de consciência social no positivismo, seu essencialismo, seu apego à lógica da Modernidade e sua incapacidade de lidar com os problemas complexos da sociedade plural são temas recorrentes na filosofia do direito. Grande parte das críticas formuladas contra o positivismo pressupõe o desconhecimento dessas questões básicas, e tais críticas só fazem sentido a partir de uma interpretação que declara de antemão a invalidade da tese positivista.

Não endosso todos os pressupostos do juspositivismo, mas nem por isso considero adequado um debate centrado na porção adequada de lógica à decisão jurídica, no abandono dos pressupostos cartesianos ou na elaboração de uma forma de raciocinar mais maleável e adequada à Pós-Modernidade. O próprio conceito de Pós-Modernidade pressupõe a Modernidade, que por sua vez é apresentada pelos autores pós-modernos como algo inadequado desde o princípio. Muitas vezes a história não acompanha os desejos de revolução dos filósofos, e esse é mais um caso. No direito, e não apenas nele, os ídolos metafísicos derrotados pelos pós-modernos já haviam sido vencidos antes. Isso não significa que críticas aos fundamentos metafísicos sejam desprovidas de valor; há verdades que precisam ser reafirmadas. No entanto, não é razoável insistir em críticas imprecisas que levam a ignorar aspectos importantes de teorias como as de Kelsen ou Hart.

Alguns pontos do debate sobre a interpretação do direito devem ser colocados em termos diferentes dos que aparecem no texto de Kellogg e em outros de tom semelhante. Tomemos como exemplo teorias que pressuponham uma diferença fundamental entre princípios e regras. Se o que se busca com os princípios é uma nova forma de encontrar, a partir de termos gerais, as soluções no caso concreto, corre-se o risco de se deparar com as mesmas dificuldades de um sistema a partir de regras, uma vez que os princípios estão submetidos às mesmas dificuldades das regras quanto à textura aberta da linguagem. Se vistos como método de controle das decisões judiciais, encontram-se obstáculos importantes ao uso de princípios na teoria do direito. (GARCÍA AMADO, 2006). Se, com menor pretensão, forem compreendidos como guias gerais de conduta e instrumentos de compreensão da sociedade como um todo, se tornam importantes ferramentas para entender a organização social. O preço que se paga ao adotar o último ponto de vista é a perda de um método novo de interpretação, mas não vale a pena adotar um novo método se ele carrega tantos ou mais defeitos do que o método que substitui.

O próprio Hart procura outro tipo de debate em sua crítica a John Rawls. (HART, 1983b). Nessa outra abordagem, mais política, diz que a reivindicação de direitos independentemente da avaliação de sua utilidade não é benéfica para o diálogo sobre esses mesmos direitos. Direitos existem porque são úteis para algo, e não porque são úteis em si mesmos. Rawls e, antes, John Stuart Mill, são partidários da ideia de que há direitos fundamentais, e seu caráter inegociável combina perfeitamente com o princípio da utilidade (RAWLS 2002). A questão se coloca: até que ponto ajuda no diálogo sobre respeito mútuo e tolerância usar um jogo de linguagem que considere intocáveis alguns direitos? Toda essa discussão encara o debate sobre os direitos não epistemologicamente, mas politicamente, como

instrumentos de compreensão da sociedade e de reivindicação. Deixando as discussões epistemológicas de lado, é possível se concentrar melhor na construção de um modelo social a partir dos princípios considerados importantes por uma ou mais culturas.

O problema das instituições jurídicas na Pós-Modernidade não é tanto saber qual modelo é mais racional - o que quer que esse termo signifique. O problema maior é, com a superação do essencialismo, saber se estamos dispostos a suportar a responsabilidade de sermos livres. Se é uma ideia sacramentada a de que não existem verdades absolutas e que a humanidade constrói seu próprio caminho sem referenciais fixos, até que ponto estaremos dispostos a assumir uma nova forma de diálogo, sem apelo a elementos metafísicos tradicionais? Ou, o que também é cabível, até que ponto estaremos dispostos a reforçar nossa linguagem tradicional porque a consideramos útil e assumimos que a metafísica é importante para nossas culturas?

Se tantos fizeram tanto para combater os exageros da dogmática e da metafísica, é importante que as gerações que receberam os ensinamentos usem o legado para construir a partir dele, mesmo que o trabalho em terra arrasada seja longo e fatigante. Com efeito, pior do que trabalhar sem referenciais aparentes é continuar a proclamar a derrota dos ídolos ou, como é também frequente, emprestar-lhes novos nomes e novo protagonismo, na intenção de uma segurança que já nasce morta.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FULLER, Lon. *Positivism and fidelity to Law: a Reply to Professor Hart*. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 71, n. 4, p. 630-672, fev. 1958.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevância”. *Justicia Constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, Bogotá: Legis, 2006.
- HART, H.L.A., Positivism and the Separation of Law and Morals. In: _____. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983a, cap. 2, p. 49-87.
- _____. Utilitarianism and Natural Rights.. In: _____. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983b, cap. 8, p. 181-197.
- _____. *O conceito de direito*, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.
- HOBBS, Thomas. *Diálogo entre um filósofo e um jurista*. São Paulo: Landy, 2004.
- HOLMES, Oliver Wendell, Jr. O caminho do direito. In MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HUME, David. *Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral*. São Paulo: UNESP, 2004.
- KELLOGG, Frederic. Hobbes, Holmes, and Dewey: Pragmatism and the Problem of Order. *Contemporary Pragmatism*, Amsterdam, v. 7, n. 2, p. 1-14, 2010.
- _____. *Oliver Wendell Holmes Jr., Legal Theory and Judicial Restraint*. New York: Cambridge, 2006.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix, 1998.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

STRUCHINER, Noel. *Direito e linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.