

SHIRLENE MARQUES VELASCO

DOUTORADO EM FILOSOFIA

**O PROBLEMA DA VALIDADE DO DIREITO: Uma
comparação entre o Positivismo Jurídico *stricto sensu* e as
teorias moralistas**

Tese de Doutorado apresentada como requisito necessário para a obtenção do título de Doutora em Filosofia na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Prof. Dr. Fabio C. L. Castro

Orientador

Porto Alegre

2016

“Um espectro de dupla face atormenta a Teoria do Direito: aquele de um Direito ao mesmo tempo mundial e fragmentado”.

Otto Pfersmann

RESUMO

O objeto do presente estudo é o problema da validade do direito que pergunta pelo que o direito é efetivamente. Trata-se de uma questão ontológica. Somente através de uma reflexão sobre a validade do direito é possível obter uma definição que possua um conteúdo positivo. O direito é uma questão de fonte e não de mérito. O método utilizado foi o da descrição, da análise e da confrontação dos argumentos entre as teorias jusmoralistas e as teorias positivistas que compõem a fundamentação teórica utilizada. A abordagem do positivismo jurídico no Brasil é deficitária, feita de forma caricatural, sem referência a obras seminais e mundialmente discutidas. Com o objetivo de amenizar esse déficit, a presente pesquisa procura esclarecer as controvérsias teóricas entre o positivismo jurídico *stricto sensu* e o jusmoralismo. Além disso, guardando a diferença essencial entre a filosofia jurídica e a teoria jurídica, esta pesquisa tem a finalidade de ampliar o conteúdo da teoria positivista *stricto sensu*. A tese apresenta como forma de contribuição a atualização e contextualização do positivismo jurídico *stricto sensu* com o positivismo normativista.

Palavras-chave: Positivismo Jurídico *stricto sensu*, Jusmoralismo, Validade jurídica, Fontes do direito, Normativismo.

ABSTRACT

The object of this study is the question of the validity of the right by asking that the law is effectively. This is an ontological question. Only through a reflection on the validity of the right you can get a definition that has a positive content. The right is a matter of supply and not merit. The method used was the description, analysis and comparison of arguments between jusmoralistas theories and positivist theories that make up the theoretical foundation used. The approach of legal positivism in Brazil is deficient, made caricatured, without reference to seminal works and world discussed. In order to alleviate this deficit, this research seeks to clarify the theoretical controversy between legal positivism *strictly sensu* and the jusmoralismo. In addition, keeping the essential difference between legal philosophy and legal theory, this research aims to expand the contents of *strictly sensu* positivist theory. The thesis presents as a contribution to updating and contextualizing the legal *strictly sensu* positivism with normative positivism.

Keywords: Legal Positivism *strictly sensu*, Jusmoralismo, legal validity, right sources, normativism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1. POSITIVISMO JURÍDICO <i>STRICTO SENSU</i>	12
1.1 Considerações sobre as origens do Positivismo Jurídico	13
1.1.1 A Moral em relação ao Direito.....	14
1.1.1.1 O pensamento escolástico medieval.....	15
1.1.1.2 O jusracionalismo.....	17
1.1.2 Positivismo Jurídico em relação à Moral.....	18
1.1.2.1 Premissas do Positivismo Jurídico.....	20
1.1.2.2 As grandes codificações.....	23
1.1.2.3 A escola histórica alemã e o conceitualismo.....	25
1.1.3 Kant e Kelsen e a relação entre o Direito e a Moral.....	30
1.2 Distinção entre correntes positivistas <i>stricto sensu</i>	33
1.2.1 Sobre a insuficiência da denominação genérica “positivismo Jurídico”.....	34
1.2.2 As Correntes do Positivismo Jurídico Exclusivo e Inclusivo.....	35
1.2.2.1 A Tese das Fontes Sociais na concepção de Joseph Raz.....	41
1.2.2.2 O Inclusivo e o Convencionalismo de Jules Coleman.....	47
1.2.3 O PJ <i>stricto sensu</i> em relação ao PJ Exclusivo.....	50
1.2.3.1 A melhor versão da tese da separação conceitual.....	51
1.2.3.2 O principal problema do PJ Exclusivo.....	53
1.2.4 O PJ <i>stricto sensu</i> em relação ao PJ Inclusivo.....	54
1.2.4.1 A evidência do moralismo na versão do PJI de Campbell.....	57
1.2.4.2 A questão da validade do direito no PJ Inclusivo.....	59
1.3 Separação entre direito, moral e política no P J <i>stricto sensu</i>	60
1.3.1 As duas teses do P Jurídico que se contrapõem ao moralismo.....	62

1.3.2 Os vários significados do termo “direito”.....	63
1.3.3 As duas teses da proposição base do pensamento juspositivista.....	64
1.3.4 A distinção entre o direito como “é” do direito como “deveria ser”.....	66
1.3.5 Em relação à vinculação entre o direito e a política.....	68
1.3.5.1 A separação conceitual entre o direito e a política.....	69
1.3.5.2 Separação do direito da justiça e o argumento conceitual.....	73
2. JUSMORALISMO.....	76
2.1 Abordagem jusmoralista da conexão entre direito e justiça.....	77
2.1.1 Princípios constitucionais e consenso constitucional em John Rawls	79
2.1.2 Pretensão de correção e adulteração do direito.....	85
2.1.3 Hans Kelsen sobre o tema da justiça como igualdade.....	86
2.2 Duas versões da tese da conexão entre direito e moral.....	93
2.2.1 A tese moderada da conexão entre o direito e a moral.....	94
2.2.1.1 O Moralismo da interpretação.....	95
2.2.2 A tese da conexão entre o direito e a moral.....	98
2.2.2.1.1 Dworkin e o moralismo jurídico radical.....	99
2.2.2.1.2 A recepção da obra de Dworkin no Brasil.....	101
2.3 A validade do direito na visão jusmoralista.....	104
2.3.1 O Moralismo da validade.....	105
2.3.1.1 A fórmula de Radbruch.....	106
2.3.1.2 Derivações e distorções a partir do texto de Radbruch.....	108
2.3.2 Considerações de Hans Kelsen sobre a separação.....	110
3. A QUESTÃO DA VALIDADE DO DIREITO NO P J <i>STRICTO SENSU</i>	112
3.1 Requisitos de validade da norma jurídica.....	113
3.1.1 Validade formal da norma e as condições fixadas.....	114
3.1.2 Um contra ponto: Há ambigüidade na expressão validade no PJ?.....	116
3.1.3 Joseph Raz e a validade da norma jurídica.....	117

3.1.3.1 Normas e proposições.....	118
3.1.3.2 Do pertencimento da norma a um sistema jurídico.....	120
3.1.3.3 Sobre o “juridicamente válido”.....	122
3.1.4 Validade da norma jurídica no PJ <i>stricto sensu</i>	123
3.2 Requisitos de validade do ordenamento jurídico.....	125
3.2.1 A tese da dupla identificação objetiva da validade.....	126
3.2.2 Fundamentação da validade do sistema jurídico em Hans Kelsen.....	128
3.2.2.1 Concessões à realidade social em Hans Kelsen.....	130
3.2.2.2 Monismo Jurídico e Teoria da Rede.....	133
3.2.3 Fundamentação da validade do sistema jurídico em Herbert Hart.....	139
3.2.3.1 A regra de reconhecimento (<i>rule of recognition</i>) de Hart.....	140
3.2.3.2 Conteúdo mínimo de direito natural.....	142
3.2.4 A influência da eficácia social na validade do direito no PJ <i>ss</i>	145
3.3 O direito é uma questão de fonte e não de mérito.....	148
3.3.1 A teoria do direito e o estudo das fontes do direito.....	148
3.3.2 Classificação das fontes.....	149
3.3.3 Das relações entre as fontes e a pluralidade dos ordenamentos.....	155
3.3.4 O Direito é o nome dado a uma ordem jurídica determinada.....	158
 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	 160
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	 167

INTRODUÇÃO

O quadro atual da realidade jurídica brasileira demonstra a imensa carência em relação aos estudos juspositivistas. Tanto pela abordagem do Positivismo Jurídico, feita de forma caricatural, que demonstra os equívocos e total desconhecimento do assunto, como da falta de referência às obras seminais e mundialmente discutidas. Não é objetivo desta tese investigar os motivos que levaram à construção do quadro atual, mas contribuir para diminuir esse déficit na teoria e na filosofia do direito.

É imprescindível que se faça a diferenciação entre as disciplinas da Teoria do Direito e da Filosofia do Direito. A primeira “dedica-se ao estudo do direito positivo” enquanto a segunda “utiliza os ordenamentos jurídicos tão-somente como parâmetro de comparação e como fonte de ilustração”¹ para tratar das abordagens relativas à filosofia, tais como poder, coação, verdade, justiça, igualdade etc., como também à reflexão do ato interpretativo. A filosofia de modo geral (filosofia da linguagem, hermenêutica, epistemologia, etc) precisa conhecer seus limites e respeitá-los. Não compete à filosofia se imiscuir na Teoria do Direito. A elaboração de conceitos de como o direito deveria ser, sem considerar as suas condições concretas do direito (o que o direito é), em nada contribui para a Teoria do Direito. Talvez o problema mais grave, reflexo do desrespeito aos limites e diferenças entre a Teoria do Direito e a Filosofia do Direito, sem falar no também grave desconhecimento do que seja a dogmática jurídica, refere-se à recepção dos conceitos estrangeiros pelos estudiosos do direito no Brasil. As distorções dos conceitos, muitas vezes feita com o intuito de se adequar e proteger os interesses de grupos é algo digno de crítica. Distorções que se mostram completamente alheias à situação objetiva, com as fontes do direito, por exemplo. Esse assunto é citado na tese apenas de forma indireta, pois é uma das consequências dos equívocos do jusmoralismo.

Nessa perspectiva, a presente tese trata do debate teórico em torno da definição do direito, defendendo a abordagem do Positivismo Jurídico *stricto sensu*, em

¹ DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006 (Coleção Professor Gilmar Mendes; v. 2), p. 31.

oposição ao jusmoralismo. Almeja-se com isso contribuir para dirimir o déficit no conhecimento do Positivismo Jurídico na teoria e na filosofia do direito.

No plano ontológico², a tese defende a posição de que a definição satisfatória do direito é uma definição que possua um conteúdo positivo, e isso somente é possível através de uma reflexão sobre a *validade* do direito. A concepção da validade do direito na visão do positivismo jurídico *stricto sensu* adota uma teoria formal sobre a validade do direito e considera que a definição do direito não deve levar em consideração elementos morais e políticos. Dessa forma, essa abordagem se contrapõe ao moralismo jurídico. Com base em um método descritivo e de confrontação, o jusmoralismo será apresentado, no capítulo dois, com o intuito de esclarecer as controvérsias teóricas das últimas décadas.

Antes, porém, convém apresentar as origens do positivismo jurídico para assim chegar à distinção terminológica feita por Dimitri Dimoulis³ entre as duas maneiras de entender o juspositivismo. Por um lado, o positivismo jurídico *lato sensu*, por outro, o positivismo jurídico *stricto sensu*. Ainda no capítulo um, será analisada a distinção entre as correntes positivistas *stricto sensu* e tratamos sobre a separação entre o direito e a moral no positivismo jurídico *stricto sensu*.

O terceiro e último capítulo trata do problema da validade do direito no Positivismo Jurídico *stricto sensu*. Parte-se de uma definição de validade do direito segundo o Positivismo Jurídico *stricto sensu* que objetiva tratar dos requisitos de validade da norma jurídica e do ordenamento jurídico em separado. No item relativo à validade da norma jurídica, parte-se de uma definição de validade dada pelo Positivismo Jurídico *stricto sensu* e das condições de validade da norma. Chega-se, assim, à constatação de que a validade da norma jurídica segundo o Positivismo Jurídico *stricto sensu* é *formal*.

² A temática central da tese versa sobre a questão ontológica que pergunta: “o que é o direito efetivamente?” Parte-se da hipótese: “somente o direito positivo é direito e todo direito positivo é direito”. Klaus Gellert. A partir desse enunciado verifica-se que uma definição do direito só será satisfatória se ela possuir um conteúdo positivo. Perguntar “o que é o direito efetivamente?” É indagar por sua ontologia. O significado de ontologia usado, refere-se ao conteúdo positivo do direito que é alheado de contaminações exteriores das esferas do saber (psicologia, economia, política, filosofia ou sociologia). O que o direito é, a sua ontologia, portanto, possui um conteúdo positivo alheado de outras esferas do saber. Cf. Hans Kelsen, *Teoria pura do direito* (1960). São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 1.

³ Doutor em Direito pela Universidade Saarland (Alemanha), onde também realizou estudos de Pós-Doutorado e lecionou. Autor de diversos livros editados no Brasil, na Grécia, na Alemanha e na Inglaterra.

Porém, o sentido e significado de *validade formal*, precisa ser explicado, pois para Dimitri Dimoulis a qualificação da visão juspositivista como formal não é satisfatória.

No item relativo à validade do ordenamento jurídico, parte-se do significado adotado por Dimoulis e chega-se à tese da dupla identificação objetiva da validade, pois o Positivismo Jurídico *stricto sensu* considera possível a identificação objetiva tanto do ordenamento jurídico, como também de cada norma faz-se jurídica.

No penúltimo item do capítulo, chega-se à definição do que o direito é efetivamente para o Positivismo Jurídico *stricto sensu*. O direito é uma questão de fonte e não de mérito. Dimoulis apresenta uma classificação mais satisfatória em relação a outros autores, em que o estudo das fontes do direito faz parte da análise dos conceitos gerais do direito e compete à Teoria do Direito estudá-las. As fontes do direito são as formas de expressão do direito positivo. Portanto, são elas que o definem.

No último item do capítulo, para encerrar, faz-se uma contextualização do positivismo jurídico *stricto sensu* com o positivismo normativista para melhor elucidar a questão da validade do direito no positivismo jurídico *stricto sensu*.

Os principais autores que contribuíram para o desenvolvimento da questão da validade do direito no positivismo *stricto sensu* foram Dimitri Dimoulis, Otto Pfersmann, Joseph Raz e Hans Kelsen.

